



**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS, COLISÕES, INTERVENÇÕES  
ESTATAIS E MÉTODOS DE SOLUÇÃO**

Análise da metódica da jurisdição constitucional no caso Ellwanger

AUTOR

**LAUDIVON DE OLIVEIRA NOGUEIRA**

PROFESSOR ORIENTADOR

**PROF. DOUTOR JORGE REIS NOVAIS**

**2016**

**LAUDIVON DE OLIVEIRA NOGUEIRA**

**Direitos fundamentais, colisões, intervenções estatais e métodos de solução:**

Análise da metódica da jurisdição constitucional no caso Ellwanger

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Jorge Reis Novais.

Lisboa - 2016

LAUDIVON DE OLIVEIRA NOGUEIRA

**Direitos fundamentais, colisões, intervenções estatais e métodos de solução:**

Análise da metódica da jurisdição constitucional no caso Ellwanger

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à análise da dissertação como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre junto ao Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa - FDUL:

---

Professor Doutor Jorge Reis Novais

---

---

---

---

Lisboa, de de 2016

Dedico este trabalho aos meus pais  
**Ladislau Nogueira e Sálua de Oliveira Nogueira,**  
exemplos de dignidade e fonte de inspiração,  
pelo incentivo, apoio e amor incondicional.

## **AGRADECIMENTOS**

Reconhecer um auxílio é o mínimo que se pode fazer quando se é verdadeiramente grato. A todos os que, de algum modo, cooperaram ou contribuíram para a produção desta investigação científica externo a minha gratidão.

Assim, sou grato e agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Jorge Reis Novais, por aceitar-me como seu orientando, assim como pelas primeiras luzes na pesquisa. Agradeço ao Tribunal de Justiça do Estado do Acre por reconhecer a importância do aperfeiçoamento técnico de seus magistrados. Agradeço ao Juízo de Direito da 8ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre, do Estado do Rio Grande do Sul, por gentilmente franquear, com presteza, o acesso aos autos da Ação Penal Pública nº 01.391.013.255, matéria-prima deste trabalho. Agradeço a Marcel Maia Viana, jovem de inteligência ímpar, pelos lúdicos e profícuos debates que muito contribuíram para a compreensão de diversas questões teóricas e empíricas durante o curso da investigação. Agradeço ao dileto amigo Jair Araújo Facundes pelas valiosas sugestões de pesquisa. Agradeço ao caro amigo e colega de profissão e de faculdade Giordane de Souza Dourado pela rica troca de experiências durante os estudos. Agradeço à estimada amiga e colega de trabalho Ana Lúcia Costa Felisberto pelo precioso apoio durante os trabalhos investigativos. Agradeço ao colega de trabalho Alexandre Bomfim Nunes pela ajuda com obras sobre o tema. Agradeço ao colega de trabalho Odson Lopes Moreira pelo grande auxílio na revisão do texto desta pesquisa. Agradeço aos meus filhos Adriana Karim de Araújo Nogueira e Allan Henrique de Araújo Nogueira pela amorosa compreensão diante das minhas ausências como pai durante a profunda imersão nos estudos. E, por fim, agradeço a Deus pelas valiosas oportunidades a mim conferidas para seguir com firmeza, alegria e amor a estrada da vida.

“Só se encontra verdadeiro Estado de Direito onde  
também exista democracia e não se encontra verdadeira  
democracia sem Estado de Direito”

**Jorge Reis Novais**

## RESUMO

No julgamento do Habeas Corpus nº 82.424 perante o Supremo Tribunal Federal, também conhecido como o caso Ellwanger, que se notabilizou como um dos mais importantes já submetidos à apreciação daquela Corte constitucional, relevantes questões foram examinadas pelos juízes constitucionais à exaustão. Temas sensíveis e difíceis tais como racismo, discriminação e limites da liberdade de expressão permearam intensos e profundos debates. Considerado um histórico e relevante precedente jurisprudencial para o direito brasileiro, sua importância, entretanto, não decorre simplesmente da notoriedade das questões materiais apreciadas, mas, sobretudo, por tratar, pela primeira vez, sobre a aplicação da metódica da proporcionalidade na seara da jurisdição constitucional brasileira, tal como desenvolvida na jurisprudência e doutrina alemãs, em particular como descrita por Robert Alexy. Justamente por este aspecto, ou seja, pela adoção de regras de controle da proporcionalidade, referido *leading case* foi escolhido. Não sem razão, dado que na jurisprudência produzida pela ampla maioria dos tribunais brasileiros, como fundamento de argumentação, tem sido recorrente a utilização das expressões “ponderação”, “proporcionalidade” ou “princípio da proporcionalidade” como recurso meramente retórico e não sistemático. A pesquisa se propôs, assim, a investigar se o emblemático precedente jurisprudencial conseguiu se afastar desse viés decisionista. E o fez a partir de uma abordagem descritiva do estado da arte relacionada à técnica da ponderação e da metódica de controle da proporcionalidade, para, em seguida, comparar com os fundamentos expostos pelos juízes da Corte constitucional em seus votos. Na investigação, aferiu-se o entendimento predominante, entre os magistrados da Corte, de que os direitos fundamentais fundados em normas-princípio constituem mandamentos de otimização, dotados, portanto, de um suporte fático amplo e passíveis de restrição sob a perspectiva de uma teoria externa dos limites. E a pesquisa concluiu que, apesar da expressa referência à técnica da ponderação e à regra da proporcionalidade como fundamento de decidir, a decisão colegiada não resultou dessa metódica de controle nem de sopesamentos claros, à luz da teoria dos princípios.

Palavras-chave: direitos fundamentais, colisões, ponderação, proporcionalidade, liberdade de expressão.

## ABSTRACT

In the judgment of Habeas Corpus nº 82,424 before the Supreme Court, also known as the Ellwanger case, which became known as one of the most important already submitted to that constitutional court, relevant issues were examined by the constitutional judges to exhaustion. Sensitive and difficult issues such as racism, discrimination and limits of freedom of expression permeated deep and intense debates. Considered a historical and relevant legal precedent to Brazilian law, its importance, however, it does not merely derive the reputation of valued material issues, but mainly to treat for the first time, on the application of the proportionality of methodical on the harvest of Brazilian constitutional jurisdiction, such as developed in German case law and doctrine, particularly as described by Robert Alexy. Precisely for this aspect, in other words by the adoption of proportionality control rules, said leading case was chosen. Not without reason, as in the jurisprudence of the vast majority of Brazilian courts, as argument foundation, has been recurrent use the terms "weight", "proportionality" or "principle of proportionality" as merely rhetorical and not systematic use. The research proposed thus to investigate whether the emblematic legal precedent managed to depart from this decisionist bias. And it made from a descriptive approach to the state of the art related to the technique of weighting and proportionality control methodically, to then compare with the grounds by the judges of the Constitutional Court in their votes. In research, it has measured the prevailing understanding, among judges of the Court, that the fundamental rights based on standards principles are optimization commands, endowed therefore, a broad factual support and subject to restrictions from the perspective of an external theory of limits. And it concludes that although explicit reference to the weighting technique and the rule of proportionality as a basis to decide the collegial decision did not result this methodical control or clear balancing in the light of the theory of principles.

Keywords: Fundamental rights, collision, weighting, proportionality, freedom of expression.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>Capítulo 1 - DIREITOS, CONFLITO NORMATIVO E ANÁLISE DE UM CASO DIFÍCIL.....</b>	<b>21</b>
1.1. Ellwanger .....	21
1.2. O habeas corpus nº 15.155 - Superior Tribunal de Justiça .....	27
1.3. O <i>habeas corpus</i> nº 82.424 - Supremo Tribunal Federal.....	29
1.4. A técnica de solução do conflito normativo, o método de controle da intervenção estatal e o objeto de pesquisa.....	39
<b>Capítulo 2 - A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO COMO MÉTODO DE DECISÃO PARA SOLUÇÃO DA COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS.....</b>	<b>43</b>
2.1. Distinção entre regras e princípios como pressuposto necessário para determinar os métodos de solução dos conflitos normativos e de aplicação da norma jurídica .....	43
2.2. A compreensão do conteúdo protegido dos direitos fundamentais .....	50
2.3. A extensão do suporte fático da norma como pré-requisito de análise das colisões de princípios .....	54
2.4. A solução da colisão de princípios mediante a "técnica da ponderação" .....	61
2.5. Os contextos do sopesamento judicial e a "técnica da ponderação" .....	69
<b>Capítulo 3 - A METÓDICA DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DA INTERVENÇÃO ESTATAL NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>73</b>
3.1. A restringibilidade dos direitos fundamentais e as exigências do Estado de Direito para preservação do conteúdo essencial .....	73
3.2. O controle da intervenção estatal nos direitos fundamentais fundados em normas-princípio como uma tarefa a cargo do juiz, desenvolvida mediante a "regra da proporcionalidade" .....	85
3.3. A "regra da proporcionalidade" como instrumento de justificação interna da argumentação jurídica.....	92
3.4. A estrutura e o funcionamento da "regra da proporcionalidade" como critério de controle judicial da intervenção estatal sobre os direitos fundamentais.....	96
3.4.1. A adequação entre os meios e os fins da medida estatal de intervenção nos direitos fundamentais.....	103
3.4.2. A necessidade de um meio menos gravoso para justificar medida estatal de intervenção nos direitos fundamentais .....	110
3.4.3. A proporcionalidade no sentido estrito, enquanto controle do excesso ou da insuficiência da medida estatal de intervenção nos direitos fundamentais .....	119

3.5. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais como limite às intervenções estatais: proibição do excesso e proibição da insuficiência ( <i>deficit</i> ) .....	126
3.6. O controle da constitucionalidade material das intervenções estatais com inclusão da "regra da proporcionalidade": roteiros de análise.....	130
3.6.1. Exame quanto à intervenção estatal comissiva, por meio de lei, em direitos fundamentais com dimensão negativa .....	130
3.6.2. Exame quanto à intervenção estatal comissiva, por meio de medida administrativa ou judiciária, em direitos fundamentais com dimensão negativa .....	133
3.6.3. Exame quanto à inação estatal, ou intervenção estatal omissiva, em direitos fundamentais com dimensão positiva.....	135
<b>Capítulo 4 - ANÁLISE DO CASO ELLWANGER: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À NÃO DISCRIMINAÇÃO</b> .....	138
4.1. Interpretação e aplicação do direito fundamental: subsunção, sopesamento e controle da proporcionalidade da intervenção estatal.....	138
4.2. Voto do ministro Moreira Alves, relator do <i>habeas corpus</i> .....	141
4.3. Voto do ministro Maurício Corrêa.....	141
4.4. Voto do ministro Celso de Mello.....	145
4.5. Voto do ministro Gilmar Mendes .....	149
4.6. Voto do ministro Carlos Velloso .....	155
4.7. Voto do ministro Nelson Jobim .....	158
4.8. Voto da ministra Ellen Gracie.....	158
4.9. Voto do ministro Cezar Peluso .....	158
4.10. Voto do ministro Carlos Ayres Britto .....	160
4.11. Voto do ministro Marco Aurélio.....	167
4.12. Voto do ministro Sepúlveda Pertence.....	177
<b>CONCLUSÃO</b> .....	178
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	184

## INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição Federal brasileira, em 5 de outubro de 1988, com a instituição, a partir de então, de uma ordem jurídica pós-positivista, na qual a teoria dos direitos fundamentais veio se assentar como um dos seus mais importantes pilares de sustentação, a jurisdição constitucional tem sido alvo de acentuadas críticas doutrinárias.

No centro do debate estão desde o elevado grau de subjetivismo à irracionalidade na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais ou, ainda, simplesmente na falta de justificação das decisões judiciais.

Tais críticas não poupam nenhuma instância. Tanto as mais singelas quanto o próprio guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, são apontados como responsáveis por uma insuficiente carga argumentativa de decisão no solucionar questões que envolvam colisões de normas jusfundamentais.

Para os críticos, o problema central da argumentação jurídica no Brasil reside na incompreensão dos conflitos normativos no seio da Constituição Federal, a vigorar assim o entendimento de que seria viável harmonizar todas as normas constitucionais mediante a exegese sistemática, mesmo em relação às que tenham a natureza de princípios.

Como observa Daniel SARMENTO, de modo geral, a fundamentação das decisões é exposta como se os julgadores houvessem procedido exclusivamente por raciocínios lógico-formais, a escamotear, conscientemente ou não, os fatores não dogmáticos dos seus julgamentos<sup>1</sup>.

Sob a mesma linha de análise, contudo referindo-se particularmente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Virgílio Afonso da SILVA também afere a presença da simples lógica formal nos julgados daquela Corte no deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais. Para esse jurista brasileiro, em inúmeras decisões o Tribunal constitucional, sempre que deseja afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre à fórmula do "à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional", assim a se resumir a um raciocínio simplista e mecânico, segundo o qual "a constituição consagra a regra da proporcionalidade"; "o ato questionado

---

<sup>1</sup> SARMENTO, Daniel. **Os princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens**. in Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p.81-82.

não respeita essa exigência"; e, portanto, "o ato questionado é inconstitucional"<sup>2</sup>. Daí que, para o citado jurista, a invocação de termos técnicos, tais como proporcionalidade e razoabilidade, seria assim mero recurso a um *topos*, um rótulo, com caráter meramente retórico, e não sistemático<sup>3</sup>.

De seu turno, Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS alertam para o problema do que denominam de "capitulação" da dogmática jurídica, que então seria resultante da adoção de um sopesamento de formulação não técnica, comum e metaforicamente apresentada pela imagem da balança, na qual se podem misturar variados pesos e medidas, a permitir obter uma resposta concreta que não resulte necessariamente das normas vigentes. Para referidos juristas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estaria a reduzir a proporcionalidade, enquanto instrumento de controle das restrições dos direitos fundamentais, a mera figura retórica, que se diluiria dentro de uma visão geral de ponderação<sup>4</sup>.

Exatamente em razão da ausência de método no decidir, que permita sindicat todos os argumentos e a valoração dada no sopesamento dos princípios em conflito, com as justificativas correspondentes, Luiz Antonio Freitas de ALMEIDA assinala que o Supremo Tribunal Federal dá, assim, margem às críticas de subjetivismo em suas decisões, que, ao fim e ao cabo, também está a contribuir com insuficiente guia de orientação jurisprudencial das condutas estatais, tanto para os setores da burocracia administrativa, do parlamento, quanto dos próprios órgãos jurisdicionais inferiores<sup>5</sup>.

No ponto, em relação à jurisdição desenvolvida pelos diversos órgãos jurisdicionais situados no território nacional, a crítica, de fato, não se apresenta infundada.

---

<sup>2</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, 798, 2002. p. 31. "Apesar de salientar a importância da proporcionalidade "para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais", o Tribunal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, imitando-se a citá-la. Na decisão, a passagem mencionada é a única a fazer referência à regra da proporcionalidade. Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados. O raciocínio aplicado costuma ser muito mais simplista e mecânico. Resumidamente: a constituição consagra a regra da proporcionalidade. o ato questionado não respeita essa exigência. o ato questionado é inconstitucional. o silogismo, inatacável do ponto de vista interno, é composto de premissas de fundamentação duvidosa e é, por isso, bastante frágil quando se questiona sua admissibilidade do ponto de vista externo."

<sup>3</sup> Ibidem, p. 31. "A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula "à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional".

<sup>4</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p. 187.

<sup>5</sup> ALMEIDA, Luiz Antonio Freitas de. **Direitos fundamentais sociais e ponderação: ativismo irrefletido e controle jurídico racional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2014. p. 233.

Não faltam exemplos, na maioria dos tribunais estaduais e federais <sup>6</sup>, de soluções jurisdicionais que se resumem, como fundamento de decidir, a fazer alusões aos termos "ponderação", "proporcionalidade" ou "princípio da proporcionalidade", sem descrever, no entanto, o raciocínio lógico realizado a conduzir à decisão.

Esse não é um problema pequeno, a se considerar que o tipo de Estado de Direito proclamado nos textos constitucionais está diretamente dependente do alcance e significado do que se atribui aos direitos fundamentais<sup>7</sup>. Quanto a essa questão, Jorge Reis NOVAIS observa que Estado de Direito é o Estado juridicamente vinculado pelo direitos fundamentais e juridicamente vinculado a sua defesa e promoção<sup>8</sup>.

Significa, pois, dizer que o tratamento jurídico conferido aos direitos fundamentais não só afeta as posições jurídicas individuais e coletivas deles decorrentes como a própria higidez do sistema estatal de promoção do bem comum.

É nessa conjuntura, portanto, que se percebe o desenvolvimento de uma argumentação jurídica deficiente, que se desvirtua da teoria dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, compromete a racionalidade, objetividade e a sindicabilidade das decisões judiciais.

Nesse compasso, diante desse cenário, uma questão relevante é saber se, de fato, isso estaria a ocorrer nas decisões da Corte Constitucional brasileira, ou melhor, se faltaria ao Supremo Tribunal Federal o manejo da metódica pertinente ao tema da aplicação dos direitos fundamentais.

---

<sup>6</sup> A exemplo dos seguintes julgados: TRF2 - Apelação Cível nº 2001.51.01.004610-2/RJ, 6ª Turma do TRF da 2ª Região, Rel. Frederico Gueiros. j. 22.11.2010, unânime, e-DJF2R 03.12.2010; TRF3 Agravo Legal em Apelação Cível nº 0000196-71.2006.4.03.6100/SP, 3ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Márcio Moraes. j. 19.12.2013, unânime, DE 10.01.2014 (Disponível em <<http://www.plenum.com.br/ac/TRF3/003/00001967120064036100.html>>; acesso em 28.03.2016); TRF5 AC nº 569840/PE (0000621-31.2011.4.05.8311), 1ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Francisco Cavalcanti. j. 08.05.2014, unânime, DJe 15.05.2014 (Disponível em <<http://www.plenum.com.br/ac/TRF5/002/00006213120114058311.pdf>>; acesso em 28.03.2016); TJDF Apelação nº 0009247-91.2014.8.07.0018, 3ª Turma Cível, Rel. desembargadora Fátima Rafael. Acórdão 845188, j. 28.01.2015 (disponível em <http://www.plenum.com.br/ac/TJDFT/003/845188.pdf>, acesso em 28.3.2016); TJMG Agravo nº 3339291-17.2013.8.13.0024 (1), 8ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto. j. 04.12.2014, maioria, Publ. 15.12.2014 (Disponível em <<http://www.plenum.com.br/ac/TJMG/011/131243339292.pdf>>; acesso em 28.03.2016); TJPR Apelação Cível - Processo nº 1213001-7, 7ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Victor Martim Batschke. j. 16.12.2014, unânime, DJ 30.01.2015; TJRS Apelação Cível nº 70062197454, 5ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Marlene Landvoigt. j. 10.12.2014, DJe 16.12.2014.

<sup>7</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 8ª edición. Madrid: Tecnos, 2004. p.19.

<sup>8</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.33.

Esse é, conseqüentemente, o ponto central da investigação deste trabalho. Ou seja, aferir como o Supremo Tribunal Federal desenvolve a argumentação jurídica quando soluciona as colisões de direitos fundamentais.

Para esse escopo investigativo, poder-se-iam perscrutar muitos casos da jurisprudência daquela Corte. Contudo, não é essa a pretensão da presente pesquisa. A investigação é mais específica e se dirige à análise da metódica desenvolvida no longo e controvertido julgamento do Habeas Corpus nº 82.424/RS, também conhecido como "Caso Ellwanger", concluído perante o Supremo Tribunal Federal em 19 de setembro de 2003. A escolha justifica-se a partir da relevância histórica e jurídica do caso, que se tornou um *leading case* no tema do direito à liberdade de expressão, aliado ao fato de ser o primeiro caso<sup>9</sup> em que houve a expressa aplicação da máxima da proporcionalidade, em clara referência aos ditames teóricos da doutrina de Robert Alexy em um julgado daquela Corte. Segundo consta do acórdão de julgamento, alguns juízes da Corte citam Alexy e dizem realizar sopesamentos e adotar o método da proporcionalidade.

Esta pesquisa objetiva, assim, a) investigar como a doutrina de Robert Alexy concebe os métodos de argumentação jurídica para solução das colisões de direitos fundamentais, assim como de controle das ingerências estatais sobre esses mesmos direitos, b) identificar a estrutura argumentativa adotada pelo Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger e comparar se ela corresponde às soluções metodológicas a que se referem, sobretudo relativas à ponderação e à máxima da proporcionalidade.

Impende ressaltar que não se analisará o acerto ou desacerto substancial da decisão, mas apenas se esta seguiu o método argumentativo pertinente ao caso.

Ao discorrer sobre a estrutura das normas de direitos fundamentais, Robert ALEXY diz que a distinção entre regras e princípios é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática desses mesmos direitos. E destaca que sem essa diferenciação não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Cf. nota de rodapé nº 77, in BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 334.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.85.

De fato, é a partir dessa distinção, como se verá no desenvolvimento desta investigação, que o intérprete aplicador da norma constitucional dá o primeiro passo para a aplicação dos direitos fundamentais.

Não é difícil compreender a relevância disso quando se considera que os princípios expressam deveres<sup>11</sup> e direitos *prima facie* e as regras deveres e direitos definitivos<sup>12</sup>, quadro dogmático que requer a adoção de métodos de interpretação e aplicação da norma também distintos.

Enquanto mandamentos definitivos, as regras, se válidas, devem realizar os deveres e direitos nos exatos termos daquilo que elas prescrevem. Na eventualidade de conflito lógico entre regras, uma delas há de ser inexoravelmente excluída.

Em contrapartida, por consistirem em mandamentos de otimização, exigentes de harmonização dos princípios colidentes conforme as possibilidades jurídicas e fáticas do caso concreto<sup>13</sup>, os princípios expressam deveres e direitos que poderão se realizar para mais ou para menos, até o seu ponto ótimo, consoante aferido mediante sopesamentos dos interesses em jogo, técnica de decisão que teria o condão de revelar a precedência que um princípio tem em face de outro sob determinadas condições<sup>14</sup>.

Por essa ordem de ideias, se a realização de princípios e regras não ocorre do mesmo modo, por óbvio deve o intérprete e aplicador da norma lançar mão da metódica adequada a cada espécie normativa, não só para compreender o conteúdo normativo como, ainda, para resolver os conflitos verificados.

Assim, tão importante quanto a identificação da espécie normativa, se regra ou princípio, é também o manejo do método pertinente.

No domínio das regras, a argumentação jurídica se realiza mediante a aplicação da hermenêutica tradicional. E nessa seara, uma vez identificada a norma incidente sobre o fato, ou melhor, verificado um fato social previsto no suporte fático da regra, deve ser observada a prestação prevista na norma (obrigação, proibição, permissão) e, se não satisfeita

---

<sup>11</sup> NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**. Os deveres e os custos dos direitos. Revista Direito Mackenzie, ano 3, número 2, p. 9-30. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.86.

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica**. In ALEXY, Robert. Derecho e razón práctica.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.93.

a prestação, há de se impor a sanção correspondente<sup>15</sup>. Trata-se de simples esquema de lógica formal, também denominado subsunção. Se porventura o enunciado normativo comportar várias interpretações, a determinação do sentido e alcance da norma dar-se-á segundo os métodos literal, teleológico, histórico e sistemático. E se houver conflito entre duas ou mais regras que regulam o mesmo assunto, a atribuir a determinado fato consequências jurídicas opostas, a antinomia há de ser solucionada por meio dos critérios tradicionais da hierarquia, da cronologia e da especialidade.

Por outro lado, no âmbito dos princípios jurídicos, o contexto hermenêutico segue outra diretriz metodológica. A despeito de ser também possível a adoção dos métodos de interpretação literal, teleológico, histórico e sistemático, típicos da hermenêutica tradicional, para alcance do sentido dos enunciados normativos dos princípios, a exigência de otimização, que lhes é inerente, confere a maior amplitude possível ao âmbito protegido de cada direito e, conseqüentemente, os conduz a inevitáveis colisões com outros princípios de mesma envergadura constitucional, situação que torna inapropriada a adoção da subsunção como método de aplicação da norma. Se por um lado as regras têm um suporte fático restrito, delimitado desde logo pelo legislador, a permitir a imediata aplicação da lógica formal de subsunção do fato à norma, por outro, no caso dos princípios, isso não se torna possível justamente por não se poder determinar, *a priori*, qual é exatamente o suporte fático cujo pressuposto de fato da realidade deverá subsumir.

Isso é assim porque, enquanto mandamentos de otimização<sup>16</sup>, a satisfação dos princípios se desenvolve em graus variados, observadas as possibilidades fáticas e jurídicas no caso concreto. Na espécie, diante da colisão de um princípio com outro, o interprete há de estabelecer uma relação de precedência condicionada<sup>17</sup> entre eles, sem que isso resulte na exclusão de qualquer um deles.

---

<sup>15</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 354.

<sup>16</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.90. “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.”

<sup>17</sup> Alexy esclarece que “o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária”. In ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.96.



Como observa Jorge MIRANDA, os direitos de cada pessoa têm por limites os direitos das demais pessoas, e o conteúdo de cada direito tem por fronteiras o conteúdo de outros direitos, de tal modo que as colisões ocorrem porque as pessoas convivem na mesma comunidade e ainda porque os direitos pertencem ao mesmo sistema<sup>18</sup>.

Por conseguinte, no caso das normas-princípios, determinar o limite, o conteúdo protegido de cada direito em colisão vai depender de sopesamentos, procedimento diverso da subsunção.

Assim é que, para resolver o problema da colisão de direitos, a hermenêutica tradicional ou clássica revela-se insuficiente, pois não apresenta nenhuma orientação metodológica de como fazê-lo. Esta é a razão da necessidade de outras técnicas de argumentação jurídica, especialmente orientadas para a concretização da norma constitucional.

Para ALEXY, as colisões entre princípios devem ser solucionadas de modo diverso das regras, mediante a efetivação de sopesamentos dos interesses em jogo porque, em cada situação concreta de colisão, os princípios apresentam diferentes pesos, a vigor assim a *ratio* de que os princípios de maior peso precedem ao de menor peso<sup>19</sup>.

A questão é que, se não realizada mediante critérios preestabelecidos, claros e intersubjetivamente sindicáveis, a solução encontrada fatalmente carecerá de legitimidade por falta de adequada fundamentação, a municiar assim as críticas à jurisdição constitucional quanto ao subjetivismo, casuísmo ou decisionismo da decisão judicial.

Se por um lado, a falta de método constitui um problema<sup>20</sup>, de outro, a não compreensão conceitual da técnica de decidir também conduz à mesma fraqueza de argumentação ante o comprometimento da racionalidade e objetividade, o que é o caso das decisões em que o julgador sinaliza a utilização da "ponderação" ou da "proporcionalidade", contudo de maneira teoricamente desvirtuada.

---

<sup>18</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Direitos fundamentais. Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 341.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.93.

<sup>20</sup> Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 105, em análise de caso sobre direito de reunião e ADI 1.969, no qual assinala a dificuldade em se apreender a posição do Supremo Tribunal Federal em decorrência, além de outros fatores, de aquela Corte Constitucional não explicitar o caminho que o leva da constatação da premissa à conclusão.

Por essa ótica, as críticas à jurisdição constitucional, e particularmente às decisões do Supremo Tribunal Federal, podem radicar na hipótese, mais provável, de aplicação incorreta dos métodos de sopesamento dos direitos fundamentais por inadequada compreensão teórica.

Daí porque é de todo relevante perscrutar como funciona, de fato, a engrenagem do direito que permita desenvolver uma argumentação jurídica para uma racional e objetiva interpretação e aplicação de um princípio jurídico.

Tal como um astrolábio, instrumento náutico antigo, destinado a observar e determinar a altura do Sol e das estrelas e medir a latitude e a longitude do lugar onde se encontra o observador, não basta apenas saber para o que serve. Para além da noção de utilidade, é preciso também compreender como funciona o sistema de engrenagens que levam à efetiva utilidade do instrumento.

Segundo Ana Paula de BARCELLOS, há justamente nesse campo um desafio a ser vencido, no sentido de superar o hermetismo jurídico que dificulta, aos aplicadores da norma constitucional, a compreensão, a incorporação e aplicação de toda a sofisticação teórica desenvolvida pela academia<sup>21</sup>.

E assim delineado, a seguir exatamente o que propõe BARCELLOS<sup>22</sup>, é de todo oportuno desenvolver uma linha de estudo que seja não só um contributo para a compreensão teórica do tema como também sirva de ponte entre os modelos teóricos desenvolvidos pela academia e a prática do juiz, constituindo, por conseguinte, instrumento operacional de aplicação do Direito.

Com esse propósito, esta investigação perscrutará a metódica de solução dos conflitos de interesses marcados por colisões de normas-princípio de direitos fundamentais, para em seguida cotejá-la com a desenvolvida no caso Ellwanger. O referencial teórico será a doutrina de ALEXY sobre a teoria dos direitos fundamentais, em especial quanto à estrutura da norma e restrições de direitos.

A ideia, portanto, consiste em revelar não só o método da jurisdição constitucional com suas engrenagens como ainda o seu desenvolvimento prático, a partir da comparação com aquele adotado na solução do caso em testilha.

---

<sup>21</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 309.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 309

A partir de uma abordagem analítica sobre os conceitos de "ponderação" e "proporcionalidade", o caso Ellwanger será útil em fornecer elementos para uma análise empírica, a permitir uma resposta à hipótese em causa sobre o método de argumentação jurídica aplicada pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse compasso, o capítulo 1 apresenta o histórico do caso Ellwanger desde o seu nascedouro na ação penal pública proposta pelo Ministério Público perante o juízo da 8ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, passando pelo recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça daquele Estado e Habeas Corpus junto ao Superior Tribunal de Justiça, até a ação do Habeas Corpus nº 82.242 no Supremo Tribunal Federal. Neste capítulo, salienta-se, ainda, um aspecto curioso do julgamento realizado pela Corte Constitucional, no qual o mesmo método de análise da proporcionalidade foi utilizado como argumento de decidir por dois de seus juízes, contudo com resultados diametralmente opostos.

O capítulo 2 discorre sobre a técnica da ponderação como método de decisão para solução da colisão entre princípios. Primeiramente, traça uma distinção entre regras e princípios, como um pressuposto necessário para determinar os métodos de solução dos conflitos normativos e de aplicação da norma jurídica. Em seguida, faz uma abordagem sobre o que se pode compreender como âmbito protegido de um direito fundamental. A seguir, expõe sobre a importância de uma teoria adequada de suporte fático da norma como pré-requisito de análise das colisões dos princípios. Depois, apresenta e detalha a estrutura da "técnica da ponderação" como instrumento adequado para solução das colisões de princípios. Por fim, delinea a distinção entre os contextos do sopesamento judicial e a técnica da ponderação.

O capítulo 3 reporta sobre o método da proporcionalidade como instrumento de controle da intervenção estatal nos direitos fundamentais. De primeiro, discorre-se quanto à possibilidade de restrição dos direitos fundamentais e como se dá a interlocução desse fenômeno com as exigências do Estado de Direito para preservação do conteúdo essencial desses mesmos direitos. Mais adiante, aponta-se a "regra da proporcionalidade" como meio de controle da intervenção estatal nos direitos fundamentais que tenham a estrutura de princípio jurídico e, ainda, a sua funcionalidade como instrumento de justificação interna da argumentação jurídica. Em seguida, descreve-se a estrutura e o funcionamento da regra da proporcionalidade, enquanto critério de controle judicial da intervenção estatal no âmbito dos direitos fundamentais. E nesse contexto, o capítulo detalha as regras orientadoras dos testes da

adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Prossegue com exposição analítica sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e as cláusulas de limites às intervenções nos direitos fundamentais fundadas na proibição do *deficit* e na proibição do excesso. Finalmente, revela, de modo prático, os roteiros de análise da regra da proporcionalidade.

Assim, compreendidos os conceitos de colisão e sopesamento, e analisados os métodos descritos pela doutrina para solução das colisões de princípios e controle das intervenções estatais nos direitos fundamentais, o capítulo 4 se destina a investigar a argumentação jurídica realizada pelo Supremo Tribunal Federal no específico caso Ellwanger. Primeiro, discorre sobre a interpretação e aplicação do direito realizadas no caso concreto, aferindo em que foi aplicada a subsunção, o sopesamento e o controle da proporcionalidade da intervenção estatal. Seguidamente, são analisados, um a um, todos os votos dos onze juízes da Corte.

A pesquisa, portanto, se propõe responder se o que o Supremo Tribunal Federal adota como método e estrutura de argumentação jurídica para solução de colisões de princípios, especificamente no caso Ellwanger, corresponde à técnica da ponderação e à máxima da proporcionalidade descrita no magistério da doutrina de Robert Alexy.

## Capítulo 1 - DIREITOS, CONFLITO NORMATIVO E ANÁLISE DE UM CASO DIFÍCIL

### 1.1. Ellwanger

Em novembro de 1991, em Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, Siegfried Ellwanger, escritor brasileiro descendente de imigrantes alemães e editor da Revisão Editora Ltda., que havia se notabilizado por suas teses revisionistas em relação ao holocausto judeu durante a 2ª Guerra Mundial, foi denunciado<sup>23</sup> pela prática do crime de racismo. O fato típico a si imputado consistia na descrição prevista no art. 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89, cuja nova redação dada pela Lei nº 8.081/90 na ocasião era: "Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de dois a cinco anos".

Segundo a denúncia, baseada no inquérito policial, o denunciado, de forma reiterada e sistemática, editava e distribuía, vendendo-as ao público, obras de autores brasileiros e estrangeiros, que abordavam e sustentavam mensagens antissemitas, racistas e discriminatórias para, com isso, incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica.

A peça acusatória penal relatava que o denunciado era responsável pela edição e reedição das obras "o Judeu internacional", de autoria de Henry Ford, 2ª reedição, 1989; "A História Secreta do Brasil", autor Gustavo Barroso, 1ª reedição, 1990; "Os protocolos dos Sábios de Sião", apostilado por Gustavo Barroso, 3ª reedição, 1989; "Brasil Colônia de Banqueiros", Gustavo Barroso, 1ª reedição, 1989; "Hitler - Culpado ou Inocente?", Sérgio Oliveira, 2ª edição, 1990; "Os Conquistadores do Mundo - Os verdadeiros criminosos de guerra", Louis Marschalko, 3ª edição. E, ainda, por ser autor da obra "Holocausto Judeu ou Alemão? - Nos bastidores da mentira do século", sob o pseudônimo S.E. Castan, que então teria sido reeditada mais de 29 vezes.

Para o Ministério Público, tais obras tratavam exclusivamente de ideias antissemitas, pelo que cita, na denúncia, vários excertos das obras destacadas, a demonstrar a

---

<sup>23</sup> BRASIL, 8ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre - Rio Grande do Sul. Ação Penal Pública, autos nº 01.391.013.255, Justiça Pública e Siegfried Ellwanger, 14 de novembro de 1991.

conduta delitiva e fundamentar a pretensão punitiva. Eis os trechos apontados pelo órgão do Ministério Público:

a) Na obra "O Judeu Internacional", de Henry Ford:

"Na Inglaterra, dizem que o judeu é o verdadeiro amo do mundo, que a raça judaica é uma supranacionalidade, que vive no meio e acima dos povos..." (p.11)

"Agora, porém compreenderam os alemães, que foram explorados por uma horda de judeus, - que haviam preparado tudo para tirar enormes proveitos da miséria geral do povo teutônico. Onde quer que se pudesse especular com as necessidades do povo, ou que se apresentasse ocasião de obter ganâncias intermédias, seja em Bancos, sociedades de guerra, empréstimos públicos, ou em ministérios que formulavam os gigantescos pedidos de apetrechos bélicos, ali apareciam os judeus..." (p.23)

"Porque todo judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação" (p.24)

"Os métodos de ação das classes baixas judaicas não visam somente a libertar-se da repulsão social, mas anelam francamente o poder. É essa vontade de dominar que caracteriza seu espírito." (p.25)

"Num mundo de Estados territoriais organizados, o judeu tem apenas duas fórmulas: derrubar os pilares de todos os sistemas nacionais dos Estados ou criar o próprio Estado nacional." (p.65)

"O judeu é adversário de toda ordem social não judaica (...) O judeu é um autocrata encarnado (...) A democracia é apenas o argumento utilizado pelos agitadores judeus, para se elevarem a um nível superior àquele em que se julgam subjugados. Assim que conseguem, empregam imediatamente seus métodos, para obter determinadas preferências, como se estas lhes coubessem por direito natural." (p.65)

"Os judeus internacionais, os verdadeiros senhores dos poderes políticos e financeiros do mundo" (p.66)

"(...) não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia, que deseje e respeite mais do que esta o poder (...) O judeu é um caçador de fortunas, principalmente, porque, até este momento, só o dinheiro lhe tem proporcionado os meios de conquistar certo poderio" (p.75)

"O supremo intuito que eles denotam consiste em solapar toda ordem humana, toda constituição de Estados, para erigir um novo poder, em forma de despotismo ilimitado" (p.79)

"O predomínio judaico na imprensa não é somente questão de dinheiro, como também consiste em 'calar certas coisas ao público, ou em dizê-las, segundo os casos'" (p.137)

"Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode, viverá do lavrador. Que os outros suem nas indústrias e ofícios: o judeu preferirá assenhorar-se dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois, formar parte de seu caráter" (p.171)

b) Na obra "Os Conquistadores do Mundo - Os verdadeiros criminosos de guerra", de Louis Marschalko:

"(...) toda essa divisão, toda essa desordem, todo esse caso, é dirigida pela mesma vontade férrea, pela mesma força secreta que age segundo o interesse dos líderes de uma raça de 15 milhões de pessoas. Elas podem ser encontradas tanto por trás das portas bem estofadas e luxuosas do mundo capitalista, como também por trás das espessas paredes do Klemin. São elas que instigam multidões furiosas a fazerem greves e passeatas, enquanto aos mesmo tempo elas dão aumento de salários e promovem a inflação (...) Elas são as arqui-inimigas dos ideais patrióticos; pregam contra a soberania dos Estados e contra a discriminação racial, enquanto que durante todo esse tempo elas representam um nacionalismo racial de uma veemência até hoje sem paralelo na história de todos os países do globo terrestre" (p. 9)

"Nosso mundo, com todos os seus Continentes - quer abertamente, quer secretamente - já é dominado pelo nacionalismo judeu" (p.9)

"(...) é um direito que nos foi dados por Deus, e um dever humano, lutar contra o reinado do terror exercido a nível supra-nacional por uma pequena minoria fanática que subjugou o mundo e que empurrou a humanidade mais para diante, na estrada rumo à extinção total" (p.10)

"Esse diabólico nacionalismo tribal tem o poder mundial na mão" (p.10)

"O judeu jamais foi um internacionalista; ele foi, isto sim, o representante consciente de um nacionalismo tribal que visava dominar todos os outros países deste mundo". (p.18)

"O judaísmo mundial precisava de vítimas a fim de estar em condições de fazer chantagem com o mundo com essa história de que houve seis milhões de mártires judeus. Os judeus acharam evidente que ali estava uma oportunidade rara de obter uma excelente arma psicológica para silenciar o 'anti-semitismo' e para conquistar o poder mundial". (p.112)

"Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais". (p.214)

c) Na obra "Brasil - Colônia de Banqueiros", de Gustavo Barroso:

"(...) Sismondi já denunciava o judaísmo como o disfarçado organizador das seitas anti-cristãs, das sociedades secretas, da derrubada dos tronos, do enriquecimento pela usura, com o fito de dominar o mundo" (p.23/24)

"Como o Sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial". (p.34)

"Judeu sem prestação não é judeu" (p.37)

"É esse Estado ou melhor super Estado financeiro que escraviza o Brasil, como veremos." (p.44)

"O rol demonstra que não é só o Brasil a vítima do super Estado Capitalista sem entranhas, mas o mundo inteiro. Daí a sua aflição, a sua inquietação, a sua angústia, o seu desespero. Está mergulhado num pego em que pululam as sanguessugas e estrebucha sugado por todos os lados na lama ensanguentada. Um dia, os povos compreenderão a verdadeira origem de

todos os males e, então, as bichas vorazes e nojentas serão duramente castigadas(...)" (p.46)

"O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora." (p.95)

d) Na obra "Hitler - Culpado ou Inocente?", de Sérgio Oliveira:

"o mundo judaico declarou guerra à Alemanha no momento exato em que Hitler subiu ao poder (...)" (p.40)

"(...) os judeus mortos nos campos de concentração foram SACRIFICADOS deliberadamente pelos Sionistas, em prol de seu ideal maior". (p.87)

"Mais vale o sacrifício de algumas centenas de milhares de judeus, do que sofrer prejuízo no bolso (...)" (p.139)

e) Na obra "A História Secreta do Brasil", de Gustavo Barroso:

"O episódio mostra como os judeus, secretamente, influenciavam as decisões dos grandes navegadores, manobravam nos bastidores das Índias e até faziam proselitismo e propaganda religiosa (...)" (p.32)

"Nessa corte de madeira, com certeza, o judeu Gaspar descobriu o pau-brasil, pois conhecia, como prática das coisas do Oriente, o Verzino colombiano de Ceilão. Nada disse a Cabral, nem ao Rei, mas informou aos cristãos-novos, seus irmãos. Não é claro como água? (p.33)

"(...) um judeu aventureiro da Polônia, apanhado por Vasco da Gama em flagrante delito de espionagem". (p.33)

"Do campo de batalha, a luta passou para os biombos da diplomacia, onde continuaram a silvar as serpentes dos interesses judaicos." (p.80)

"Os judeus se intrometeram em todas as negociações." (p.80)

f) Na obra "Os Protocolos dos Sábios de Sião", de Gustavo Barroso:

"Para os judeus, o único direito é a força; o liberalismo destruiu entre os cristãos a religião e a autoridade; o ouro se acha nas mãos de Israel e, pelo ouro, ele se apoderou da imprensa e da opinião, que mandam nos governos dos Estados Democráticos. As lojas maçônicas são dirigidas pelos judeus, que orientam as manifestações e a propaganda. Os povos cristãos serão um dia levados a tal desespero que reclamarão um super-governo universal emanado dos judeus." (p. 29/30)

"Para mostrar seu poder, os judeus esmagarão e escravizarão pelo assassinio e o terrorismo um dos povos da Europa (...) o rei dos judeus, encarnação do Destino, reinará sobre o mundo dominado." (p.30)

"Em vista de seu número relativamente pequeno, os judeus, sozinhos, certamente não podem vencer a população no meio da qual vivem como parasitas, mas inventaram um modo de suicídio para os cristãos, provocando habilmente entre eles discórdias intestinas e uma desorganização maldosamente preparada." (p.31)



"Nos protocolos está debuxado todo o plano estratégico de Israel para a conquista do mundo." (p. 59)

g) Na obra "Holocausto Judeu ou Alemão? - Nos bastidores da mentira do século", de S.E. Castan:

"O judeu, em troca, indignado por não lhe concederem todas as prerrogativas do indígena, nutre injusto ódio contra o povo que o hospeda." (p.23)

"Os únicos gananciosos de Grande Guerra foram de fato os judeus." (p. 23)

"Sabendo-se agora que Chamberlain confidenciou a Joseph Kennedy que os judeus norte-americanos e do mundo o forçaram a declarar guerra à Alemanha" (p.92/93)

Para além da condenação de Ellwanger nas penas do tipo penal de racismo, postulou o Ministério Público a apreensão de todos os exemplares existentes na sede da editora bem assim em todas as livrarias e locais onde estivessem expostas as obras à venda ao público.

A denúncia foi recebida pelo Juízo da 8ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, em 14 de novembro de 1991, o qual deferiu e determinou a busca e apreensão de todos os exemplares das obras incriminadas, cuja medida fora cumprida no dia 27 de novembro daquele ano.

Habilitaram-se como assistentes de acusação a Federação Israelita do Rio Grande do Sul e o integrante da comunidade judaica de Porto Alegre, Sr. Mauro Juarez Nadvorny.

Em sua defesa<sup>24</sup> perante o juízo de primeiro grau, Ellwanger refutou a acusação. Na peça, diz não ter cometido qualquer espécie de racismo ou induzido qualquer discriminação racial nem semeado ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica. Em sua argumentação, ressalta não ter nada contra o judeu ou sua nação ou raça e sustenta desenvolver apenas um estudo revisionista da história da 2ª Guerra Mundial, baseado na verdade, colocando e ofertando ao mundo os reais dados e números daquela grande guerra. Disse lutar contra o sionismo como órgão político, mas sem nunca ter discriminado de qualquer modo os judeus. E assim defende as suas obras e outras que fez publicar, como espaço no qual lançou ideias aos leitores, dando nova faceta interpretativa, mas verdadeira do que realmente ocorreu durante a 2ª Guerra Mundial, para assim poder afastar as inverdades da

---

<sup>24</sup> BRASIL, 8ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre - Rio Grande do Sul. Ação Penal Pública, autos nº 01391013255, Justiça Pública e Siegfried Ellwanger, 14 de novembro de 1991. p. 261-281.

história contada pelos vencedores. Enfim, afirma ter apenas lançado ideias com o escopo de fomentar a discussão sobre o assunto para que os povos, o mundo, no futuro, possam dizer com quem está a verdade.

Com esses argumentos, assevera que sua conduta não consistiu em crime algum, mas apenas a revisão da história pela verdade, como justiça à humanidade, sem nada de antissemitismo. E aduz que assim agiu no exercício do direito a livre manifestação do pensamento, consagrado no art. 5º, incisos IV e IX, da Constituição Federal brasileira.

Dessa forma conclui que a punição penal por manifestar ideias em livros constitui violação ao direito fundamental à livre manifestação do pensamento, o que ensejaria aceitar de forma indireta o exercício da censura e a violação de consciência tanto de quem veicula as ideias como de quem com elas comunga.

Concluída a instrução processual, o Ministério Público, em alegações finais, postulou a absolvição do réu, por entender inexistente prova suficiente para a condenação. Contrariamente à posição ministerial, os assistentes de acusação postularam a condenação. De seu turno, a defesa arguiu a nulidade do processo por irregularidade na admissão de um dos assistentes, contestou a constitucionalidade da Lei nº 8.081/90 e requereu a absolvição do réu.

Em decisão proferida em 14 de junho de 1995, a juíza sentenciante absolveu o denunciado com fundamento na prova da inexistência dos fatos, consoante excerto da sentença<sup>25</sup> que se transcreve:

"A análise do conjunto probatório, relevante para a busca da verdade real, autoriza a conclusão no sentido de que o acusado não cometeu o delito que lhe foi imputado na denúncia.

Os textos dos livros publicados não implicam induzimento ou incitação ao preconceito e discriminação étnica ao povo judeu. Constituem-se em manifestação de opinião e relatos sobre fatos históricos contados sob outro ângulo. Lidos, não terão, como não tiveram, porquanto já o foram e, por um grande número de pessoas, o condão de gerar sentimentos discriminatórios ou preconceituosos contra comunidade judaica.

Os fatos históricos, é sabido, não possuem uma só versão. Interpretá-los ou relatá-los sob ângulo diverso da maioria, questionando fatos até então não pode ser considerada conduta criminosa, na forma do art. 20 da Lei 8081/90.

A irresignação da comunidade judaica, com relação às obras do acusado é perfeitamente compreensível, porquanto é a sua própria história, sofrendo

---

<sup>25</sup> Excerto da sentença proferida pela juíza Bernadete Coutinho Friedrich, da 8ª Vara Criminal de Porto Alegre, extraído dos autos nº 01.391.013.255, cf. BRASIL, 8ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre - Rio Grande do Sul. Ação Penal Pública, autos nº 01.391.013.255, Justiça Pública e Siegfried Ellwanger, 14 de novembro de 1991. p. 860-862.

outra interpretação e avaliação. do que aquele narrada nos compêndios de História até agora publicados, dando-lhe a condição de povo sofrido.

As outras manifestações apresentadas pelas obras, com relação aos judeus, outra coisa não são, senão simples opinião, no exercício constitucional da liberdade de expressão."

Houve a interposição de recurso de apelação pelos assistentes de acusação, vindo a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 31 de outubro de 1996, a reconhecer a prática de racismo e condenar Siegfried Ellwanger a dois anos de reclusão, com *sursis*.

Era sabido que, ao tempo dessa condenação, referido delito já estaria prescrito, se aplicada a regra geral de prescrição prevista no Código Penal. O Tribunal de Justiça, contudo, veio afastar essa regra geral, sob o fundamento de que, em se tratando de racismo, o crime seria imprescritível, nos termos do art. 5º, inc. XLII, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º (...)

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

A ementa do julgado<sup>26</sup>, por conseguinte, apresentou o seguinte teor:

"RACISMO. Edição e venda de livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias. Art. 20 da Lei nº 7.716/89 (redação dada pela Lei nº 8.081/90). Limites constitucionais da liberdade de expressão. Crime imprescritível. Sentença absolutória reformada.

## **1.2. O habeas corpus nº 15.155 - Superior Tribunal de Justiça**

Inconformado com a condenação proferida pelo Tribunal de Justiça, os advogados de Siegfried Ellwanger impetraram *habeas corpus*<sup>27</sup> no Superior Tribunal de Justiça, em 18 de dezembro de 2001, pretendendo a concessão da ordem para modificar a

---

<sup>26</sup> BRASIL, 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal, autos nº 695.130.484, Apelantes Mauro Juarez Nadvorny e Federação Israelita do Rio Grande do Sul. Apelado Siegfried Ellwanger, Relator desembargador Moacir Danilo Rodrigues, julgamento em 31.10.1996.

<sup>27</sup> BRASIL, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus, autos nº 15.155-RS, Impetrante Werner Cantalício João Becker e outro. Impetrado Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Paciente Siegfried Ellwanger. Relator Ministro Gilson Dipp, julgamento em 18.12.2001.

conclusão do acórdão impugnado, a fim de que fosse excluída a afirmativa de que o delito, pelo qual fora condenado, seria imprescritível.

Em suas razões, aduziram que o fato imputado ao paciente foi o de delito contra os judeus, que não teria conotação racial nem seria derivado da prática de racismo, de modo que, em verdade, não teria sido condenado pela prática de racismo, mas sim por "incitamento contra o judaísmo". Argumentaram que a redação originária da Lei nº 7.716/89 tipificava somente os crimes resultantes de raça e cor, e somente com a inserção posterior do artigo 20 pela Lei nº 8.081/90 a referida tipificação teria sido estendida à etnia, religião ou procedência nacional, sem, no entanto, haver referência sobre a imprescritibilidade do novo tipo penal, a qual teria ficado restrita ao racismo, unicamente. Daí por que concluíram que somente a prática de racismo estaria abrigada na Constituição Federal como imprescritível.

Em julgamento iniciado em 20 de setembro de 2001 e concluído no dia 18 de dezembro do mesmo ano, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, veio denegar a ordem. Entendeu aquele Colegiado que as ações realizadas pelo paciente subsumem-se no conceito jurídico-constitucional da prática de racismo, sendo, portanto, imprescritível.

Eis a ementa do julgado<sup>28</sup>:

HABEAS CORPUS. PRÁTICA DE RACISMO. EDIÇÃO E VENDA DE LIVROS FAZENDO APOLOGIA DE IDÉIAS PRECONCEITUOSAS E DISCRIMINATÓRIAS. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA IMPRESCRITIBILIDADE DO DELITO. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SE TRATAR DE PRÁTICA DE RACISMO, OU NÃO. ARGUMENTO DE QUE OS JUDEUS NÃO SERIAM RAÇA. SENTIDO DO TERMO E DAS AFIRMAÇÕES FEITAS NO ACÓRDÃO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. LEGALIDADE DA CONDENAÇÃO POR CRIME CONTRA A COMUNIDADE JUDAICA. RACISMO QUE NÃO PODE SER ABSTRAÍDO. PRÁTICA, INCITAÇÃO E INDUZIMENTO QUE NÃO DEVEM SER DIFERENCIADOS PARA FINS DE CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE RACISMO. CRIME FORMAL. IMPRESCRITIBILIDADE QUE NÃO PODE SER AFASTADA. ORDEM DENEGADA.

I. O habeas corpus é meio impróprio para o reexame dos termos da condenação do paciente, através da análise do delito - se o mesmo configuraria prática de racismo ou caracterizaria outro tipo de prática discriminatória, com base em argumentos levantados a respeito do judeus — se os mesmos seriam raça, ou não - tudo visando a alterar a pecha de

---

<sup>28</sup> BRASIL, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus, autos nº 15.155-RS, Impetrante Werner Cantalício João Becker e outro. Impetrado Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Paciente Siegfried Ellwanger. Relator Ministro Gilson Dipp, julgamento em 18.12.2001. Publicação do acórdão de julgamento no Diário da Justiça em 18.3.2002.

imprescritibilidade ressaltada pelo acórdão condenatório, pois seria necessária controvertida e imprópria análise dos significados do vocábulo, além de amplas considerações acerca da eventual intenção do legislador e inconcebível avaliação do que o Julgador da instância ordinária efetivamente "quis dizer" nesta ou naquela afirmação feita no decisor.

II. Não há ilegalidade na decisão que ressalta a condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas, é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta.

III. Tais condutas caracterizam crime formal, de mera conduta, não se exigindo a realização do resultado material para a sua configuração.

IV. Inexistindo ilegalidade na individualização da conduta imputada ao paciente, não há porque ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado.

V. Ordem denegada.

### 1.3. O *habeas corpus* nº 82.424 - Supremo Tribunal Federal

Contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça, os advogados de Siegfried Ellwanger impetraram, em 12 de setembro de 2002, novo *habeas corpus*<sup>29</sup> substitutivo de recurso ordinário, agora perante o Supremo Tribunal Federal, seguindo, no entanto, a mesma linha de argumentação do *habeas corpus* anteriormente impetrado, no sentido de que o delito cometido pelo paciente não teria conotação racial, uma vez que os judeus não são uma raça, mas um povo, pelo que o crime já estaria prescrito.

Para os impetrantes, o mérito da condenação em si não estaria em discussão. O que estaria em causa seria o fato de ter sido atribuída a imprescritibilidade ao delito pelo qual o paciente fora condenado, então consistente no tipo penal de discriminação contra os judeus, previsto no art. 20, da Lei nº 7.716/89, com a redação dada pela Lei nº 8.081/90, que não teria conotação racial. No entender dos causídicos, a imprescritibilidade prevista no art. 5º, inc. XLII, da Constituição Federal, seria restrita exclusivamente ao crime de racismo, pelo que não poderia ser estendida ao delito de discriminação contra os judeus. Requereram, por

---

<sup>29</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus, autos nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul, Impetrante Werner Cantalício João Becker e Rejana Maria Davi Becker. Impetrado Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Paciente Siegfried Ellwanger. Relator Ministro Moreira Alves, julgamento finalizado em 17.9.2003. Acórdão integral disponível em: <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>.

essa forma, a suspensão liminar da averbação de imprescritibilidade constante do acórdão e, ao final, a concessão da ordem para desconstituir a averbação de imprescritibilidade para o crime a que o paciente foi condenado, reconhecendo-se a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, por decorrido prazo superior ao previsto em lei.

O Ministério Público Federal, em 17 de outubro de 2002, por meio de sua Procuradoria-Geral da República, manifestou-se pelo indeferimento do pedido por entender que a prática de racismo não se restringe a condutas de discriminação pertinentes exclusivamente a raça e cor, mas ainda quanto a religião, etnia ou procedência nacional. Argumenta que, antes, a Lei nº 7.716/90 restringia-se a definir como prática do racismo condutas de discriminação pertinentes à raça e à cor. Contudo, posteriormente, com o advento da Lei nº 8.081/90, a prática do racismo veio contemplar a discriminação alusiva não só à raça e à cor, como também à religião, etnia ou procedência nacional. Salaria que a Constituição Federal transferiu para a legislação ordinária a definição da prática de racismo, e esta o fez por instituir várias figuras penais, como mencionado.

Em sessão plenária de julgamento, iniciada em 12 de dezembro de 2002, o relator do processo, ministro Moreira Alves, apresentou voto pela concessão da ordem<sup>30</sup>. Segundo o ministro, o crime pelo qual o paciente foi condenado não poderia ser qualificado como delito de racismo, assim entendendo por se convencer de que os judeus não constituem uma raça. Entendeu o relator que, uma vez enquadrado o crime como discriminação contra o povo judeu, e não como racismo, a prescrição da pretensão punitiva já teria ocorrido. Fundamentou sua conclusão, argumentando que a expressão "nos termos da lei", que se encontra na parte final do art. 5º, inc. XLII, da Constituição Federal, não delega ao legislador ordinário a função de conferir entendimento que lhe aprouver sobre o significado de "racismo", dado que lhe cabe apenas tipificar as condutas em que consiste esta prática e quantificar a pena respectiva. Assim, sob a perspectiva de uma interpretação restritiva e histórica do conceito de racismo, concluiu que o antissemitismo não está compreendido no conceito de racismo. Por essa forma, a excluir a qualificação do crime cometido pelo paciente do conceito de racismo, afastou a incidência da cláusula de imprescritibilidade, concedendo a ordem, para declarar a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

---

<sup>30</sup> Cf. página 545 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

Em ato contínuo ao voto do relator, antecipando-se na ordem de votação, o ministro Maurício Corrêa expôs algumas considerações sobre o conceito de racismo e pediu vista dos autos por considerar necessário refletir mais sobre a matéria, que reputou de significativa relevância jurídica<sup>31</sup>.

Em 9 de abril de 2003, teve prosseguimento a sessão plenária de julgamento. Em sede de voto-vista, o ministro Maurício Corrêa votou pela denegação da ordem<sup>32</sup>. Como fundamento de seu voto, afirmou que o significado usual de raça deve ter em conta as diversas acepções a que o termo remete, dentre elas a antropológica e a sociológica, e não apenas o sentido puramente biológico. Aduziu que o conceito de raça não é expressão unicamente biológica, mas que deve ser compreendida também à luz de outras ciências, como a Sociologia e a Antropologia. Asseverou mais apropriado o conceito antropológico do que o científico, a destacar que a existência de diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social. Assim, entendeu o ministro que o antissemitismo constitui forma de racismo, de maneira que as condutas imputadas ao paciente caracterizariam a prática de racismo, sendo por consequência imprescritível. E muito embora reconheça não ser este um fundamento do *writ*, salienta não haver na hipótese qualquer violação ao princípio da liberdade de expressão e pensamento, por considerar que a solução para aparente colisão de direitos está no próprio texto constitucional, uma vez que a previsão de liberdade de expressão não assegura o direito à incitação ao racismo. Para tal análise, segundo o ministro, o intérprete deve proceder "a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalecente"<sup>33</sup>.

Na mesma sessão de julgamento, o relator, ministro Moreira Alves, teceu comentários sobre os fundamentos apresentados pelo Ministro Maurício Corrêa, contudo reiterando a manutenção de seu voto, e ressaltou quanto ao fato de não se discutir, no *habeas corpus*, se a condenação violaria a liberdade de pensamento, mas, sim, e apenas, a questão da imprescritibilidade sob a alegação de que, no caso, não houve crime de racismo<sup>34</sup>.

Na sequência, o ministro Celso de Mello, em voto antecipado<sup>35</sup>, decidiu pela denegação do pedido de *habeas corpus*<sup>36</sup>. Para o ministro, a seguir os mesmos fundamentos expostos pelo ministro Maurício Corrêa, a noção de racismo não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, uma vez que, ao contrário, se projeta numa

---

<sup>31</sup> Cf. página 552 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>32</sup> Cf. página 593 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>33</sup> Cf. página 584 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>34</sup> Cf. página 610 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>35</sup> Cf. página 636 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>36</sup> Cf. página 635 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

dimensão abertamente cultural e sociológica, quadro este que, na espécie, leva ao entendimento de que a conduta do paciente seria considerada racismo e o tipo penal alcançado pela imprescritibilidade. Para além da questão conceitual de racismo, asseverou que a incitação ao ódio público contra o povo judeu não estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão. Destacou ser inquestionável que o exercício concreto da liberdade de expressão pode instaurar situações de tensão dialética entre valores essenciais, igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, a caracterizar verdadeiro estado de colisão de direitos, que reclama a utilização do método da ponderação de bens e valores. Entretanto, reputou não ser este o caso examinado no *habeas corpus*, uma vez que não traduz situação de conflituosidade entre direitos básicos titularizados por sujeitos diversos. Salientou que "a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quanto às expressões de ódio racial - veiculadas com evidente superação dos limites da crítica política ou da opinião histórica - transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional" <sup>37</sup>.

Em seguida ao voto do ministro Celso de Mello, pediu vista o ministro Gilmar Mendes.

Neste ínterim, em 19 de abril de 2003, aposenta-se o relator do processo, o ministro Moreira Alves<sup>38</sup>.

Em 26 de junho de 2003, é retomada a sessão plenária de julgamento. O ministro Gilmar Mendes apresentou voto-vista denegando a ordem de *habeas corpus*<sup>39</sup>. Inicialmente destacou que a questão central trazida à análise do Supremo Tribunal Federal gira em torno do alcance do termo "racismo" empregado pelo constituinte no art. 5º, inc. XLII, da Constituição Federal, para se considerar ou não imprescritível a conduta antissemita atribuída ao paciente. Nesse compasso, em análise do tema, concluiu que o racismo, enquanto fenômeno social e histórico complexo, não pode ter o seu conceito jurídico delineado a partir do referencial "raça", de tal modo que o conceito de racismo contempla, igualmente, as manifestações de antissemitismo.

---

<sup>37</sup> Cf. página 629 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>38</sup> Cf. notícia divulgada no site do Supremo Tribunal Federal na *Internet*. Notícia disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61473>> Acesso em 11.1.2016.

<sup>39</sup> Cf. página 671 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.



Em seu voto-vista, porém, questiona como tais condutas ou manifestações de caráter racista se articulariam com a liberdade de expressão positivada no texto constitucional, a qual considera a pedra angular do próprio sistema democrático, sendo a liberdade de expressão a própria liberdade de imprensa, um dos mais efetivos instrumentos de controle do próprio governo, constituindo, igualmente, em elemento essencial da própria formação da consciência e de vontade popular<sup>40</sup>.

A prosseguir com sua argumentação, salientou sobre o problema do discurso do ódio, destacando que a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão comprometeria um dos pilares do sistema democrático, a própria ideia de igualdade<sup>41</sup>.

Assim, reputou que a tipificação de manifestações discriminatórias, como racismo, há de se fazer com base em um juízo de proporcionalidade<sup>42</sup>. Daí que, diante do caráter aberto da definição do tipo penal de racismo, na espécie, e a tensão dialética que se coloca em face da liberdade de expressão, entendeu necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade, tal como desenvolvido pela jurisprudência alemã e descrito na doutrina de Robert Alexy.

Com percuciência, aduziu o ministro Gilmar Mendes que, no caso concreto, a Corte haveria de examinar se a decisão condenatória, ao enquadrar a conduta do paciente como racismo, e, portanto, imprescritível, teria atendido às três máximas parciais da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Foi o que o ministro se empenhou em fazer, para em seguida concluir que "a análise da bem fundamentada decisão condenatória evidencia que não restou violada a proporcionalidade", pelo que se posicionou pelo indeferimento da ordem do *habeas corpus*<sup>43</sup>.

Na sequência, o ministro Marco Aurélio manifestou interesse na vista antecipada dos autos<sup>44</sup>.

De seu turno, mas por antecipação ao voto, o ministro Carlos Velloso proferiu voto a denegar a ordem<sup>45</sup>. Segundo o ministro, a conduta do paciente, no publicar e

---

<sup>40</sup> Cf. página 649 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>41</sup> Cf. página 651 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>42</sup> Cf. página 655 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>43</sup> Cf. página 671 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>44</sup> Cf. página 672 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>45</sup> Cf. página 690 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

escrever livros hostis aos judeus, implicou a prática de racismo, sendo assim imprescritível na forma do art. 5º. inc. XLII, da Constituição Federal.

Para além de reputar subsumida a conduta no tipo penal de racismo, entendeu ainda, seguindo a linha de voto do ministro Celso de Mello, que a incitação ao ódio público contra o povo judeu não estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.

Dessa forma, ao tratar sobre o aparente conflito de direitos fundamentais, discorreu que "a questão se resolve pela prevalência do direito que melhor realiza o sistema de proteção dos direitos e garantias inscrito na Lei Maior"<sup>46</sup>. Asseverou, ainda, que a despeito de ser indubitoso que a Constituição brasileira consagre a liberdade de expressão, esta "não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito", "ainda mais quando essa liberdade de expressão apresenta-se distorcida e desvirtuada"<sup>47</sup>.

Por sua vez, também em antecipação ao voto, o ministro Nelson Jobim votou pelo indeferimento do *habeas corpus*<sup>48</sup>. De acordo com o ministro, "a discriminação contra o povo judeu caracteriza o crime inafiançável e imprescritível de racismo, mesmo que as Leis Infraconstitucionais não tenham contemplado o princípio da imprescritibilidade (Lei. 7.716/89 modificada pela 8.081/90)"<sup>49</sup>.

Posteriormente, igualmente em antecipação ao voto, a ministra Ellen Gracie votou por denegar a ordem de *habeas corpus*. Após desenvolver análise sobre raça e preconceito, entendeu a ministra inaceitável a argumentação segundo a qual, se não há raças, não é possível o delito de racismo, alinhando-se assim à divergência inaugurada pelo ministro Maurício Corrêa<sup>50</sup>.

Da mesma forma, em antecipação ao voto, o ministro Cezar Peluso votou pela denegação do *habeas corpus*<sup>51</sup>. Para o ministro, a conduta do paciente incidiu em racismo porque, com um comportamento sistemático, dedicou-se a editar e, como autor, publicar uma série de livros, com a constância e o evidente propósito de promover e difundir o antissemitismo, como particular manifestação da ideologia racista, instigando e reforçando

---

<sup>46</sup> Cf. página 688 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>47</sup> Cf. página 689 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>48</sup> Cf. página 749 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>49</sup> Cf. página 749 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>50</sup> Cf. página 756 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>51</sup> Cf. página 761 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

preconceitos e ódios históricos. Para além disso, essa conduta "tipifica em tese, perante a lei, como crime imprescritível, porque transpõe os limites da liberdade de expressão"<sup>52</sup>.

Segue que o ministro Carlos Ayres Britto pediu vista<sup>53</sup>.

Em sessão plenária de 27 de agosto de 2003, teve prosseguimento o julgamento com o voto do ministro Carlos Ayres Britto, a conceder a ordem de ofício por entender que o paciente não incorreu em conduta penalmente típica, absolvendo-o da imputação por falta de justa causa<sup>54</sup>. Após discorrer sobre o tema da contraposição de princípios jurídicos e quanto à existência de fórmulas compensatórias de resolução de conflitos, salientando ser a ponderação jurisdicional dos interesses em jogo a mais estratégica de todas elas, assinalou que seu esforço operacional consistiria "em demarcar o campo da lúdima expressão de cada princípio em estado potencial de atrito, a fim de evitar o concreto sacrifício de um deles"<sup>55</sup>.

Preliminarmente, o ministro Carlos Ayres Britto levantou questão de ordem relativamente à prova de que o delito teria se materializado no lapso de vigência do dispositivo legal invocado na denúncia como incriminador da conduta do paciente. Segundo o ministro, "nada nos autos atesta que a denunciada prática do crime de racismo se deu após a publicação da Lei Federal de nº 8.081, de 21 de setembro de 1990; que foi a lei veiculadora do novidadeiro artigo nº 20, por ela adicionado à Lei penal nº 7.716/89"<sup>56</sup>. Para o ministro, seria o caso de se conceder a ordem de ofício por carência de ação penal por atipicidade da própria conduta do paciente, à época dos fatos noticiados na denúncia. Entretanto, resolvendo a questão de ordem, a Corte, por maioria, não acatou a proposta do ministro<sup>57</sup>.

No mérito, o ministro Carlos Ayres Britto, após discorrer longamente sobre racismo, preconceito, discriminação e liberdade de expressão, delimitou que a questão em causa consistiria em saber se "o brasileiro Sigfried Ellwanger Castan abusou, ou não, da sua liberdade de expressão. Se extravasou, ou não, os limites jurídicos da sua autonomia de vontade, passando a discriminar todo o povo judeu"<sup>58</sup>. Em sua análise, o paciente não teria incorrido em conduta penalmente típica porque teria agido "no uso da liberdade de expressão

---

<sup>52</sup> Cf. página 760 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>53</sup> Cf. Extrato da ata de página 762 do Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>54</sup> Cf. página 851-852 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>55</sup> Cf. página 790 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>56</sup> Cf. página 791 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>57</sup> Cf. extrato da ata de página 855-856 no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>58</sup> Cf. página 835 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

para cimentar uma convicção política. Ou uma convicção político-ideológica, de especial proteção constitucional"<sup>59</sup>.

A reconhecer a importância e o caráter histórico do julgamento, o ministro Marco Aurélio reafirmou pedido de vista dos autos<sup>60</sup>.

Retomado o julgamento na sessão plenária de 17 de setembro de 2003, o ministro Marco Aurélio proferiu seu voto-vista, a conceder a ordem de *habeas corpus*, por assentar a inexistência da prática de racismo e incidente a prescrição da pretensão punitiva, acompanhando assim os ministros Moreira Alves e Carlos Britto.

Segundo o ministro, o caso envolveria um intrincado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu.

Discorreu sobre a liberdade de expressão e pontuou que esse princípio, assim como os demais que compõem o sistema de direitos fundamentais, não possui caráter absoluto, a encontrar limites nos demais direitos fundamentais, ante a colisão de princípios.

Citou a doutrina de Robert Alexy para dizer que "todas as colisões somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício forem impostos a um ou aos dois lados"<sup>61</sup>, destacando que o "choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da 'ponderação', que possibilita um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos"<sup>62</sup>.

Delimitou que a questão de fundo do *habeas corpus* residia em saber se o paciente teria, por meio do livro, instigado a prática de racismo, para em seguida concluir negativamente.

Asseverou quanto à necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade como "mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto, devido à semelhança de hierarquia dos valores em jogo: de um lado, a alegada proteção à dignidade do povo judeu; de outro, a garantia da manifestação do pensamento"<sup>63</sup>.

Após referir sobre os subprincípios da proporcionalidade, ou seja, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, passou o ministro a

---

<sup>59</sup> Cf. página 848-850 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>60</sup> Cf. página 854 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>61</sup> Cf. página 885 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>62</sup> Cf. página 885 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>63</sup> Cf. página 895 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

analisar o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sob esse crivo, concluindo que a condenação do paciente "não foi o meio mais adequado, necessário e razoável"<sup>64</sup>.

Em seguida, o ministro Sepúlveda Pertence votou pela denegação da ordem<sup>65</sup>. Como fundamento de seu voto, expôs o ministro que racismo não deve ser compreendido a partir de um conceito antropológico, mas sim histórico. Assim, alinhou-se à maioria no sentido de que o preconceito antissemita constitui racismo e que um livro pode ser instrumento dessa prática.

Nesse compasso, o Tribunal, por maioria, indeferiu o *habeas corpus*<sup>66</sup>, ficando o julgado assim ementado<sup>67</sup>:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa.

3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade

<sup>64</sup> Cf. página 901 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>65</sup> Cf. página 1009 do Acórdão no Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>66</sup> Cf. extrato de ata de página 1010 do Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>67</sup> Cf. página 524 do Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo.

7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrímén* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências graves que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao

racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.

Ordem denegada.

O Acórdão de julgamento do Habeas Corpus nº 82.424 foi publicado no Diário da Justiça no dia 19 de março de 2004.

#### **1.4. A técnica de solução do conflito normativo, o método de controle da intervenção estatal e o objeto de pesquisa**

No debate do que se notabilizou como sendo um julgamento histórico<sup>68</sup>, um dos mais importantes<sup>69</sup> casos já submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal, várias questões ganharam relevo na decisão do Habeas Corpus nº 82.424, também conhecido como "Caso Ellwanger", notadamente quanto à definição jurídico-constitucional do conceito de racismo e quanto aos limites da liberdade de expressão.

---

<sup>68</sup> Assim intitulado na capa e no prefácio da publicação editada pelo Supremo Tribunal Federal, cf. **Crime de Racismo e Anti-semitismo**: um julgamento histórico do STF (Habeas Corpus nº 82.424/RS). Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2004.

<sup>69</sup> Nesse sentido externado pelo ministro Marco Aurélio no seu voto: "Após este breve relato, externo as reflexões que fiz sobre a questão, por mim reputada uma das mais importantes - se não a mais importante - apreciadas por este Colegiado nos treze anos em que nele tive assento (...)", cf. página 866 do Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul. Também com outras palavras, assim externado pelo ministro Celso de Mello no seu voto: "Não tenho dúvida, Senhor Presidente, de que o Supremo Tribunal Federal, nesta tarde, reúne-se para proferir um julgamento impregnado de indiscutível transcendência e revestido de irrecusável valor simbólico, pois, hoje, está em debate, nesta Corte, questão que se projeta com máxima intensidade na definição de um dos mais expressivos valores, cujo respeito confere legitimação ético-jurídica à ordem normativa sobre a qual se edifica e se estrutura o próprio Estado Democrático de Direito", cf. página 614 do Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

E nessa senda, a jurisdição constitucional desenvolvida pela Suprema Corte brasileira escrutinou, com especial afincio, se a ação do paciente Siegfried Ellwanger, ao publicar e vender livros com conteúdo antissemita, poderia ser configurada crime de racismo, bem assim se tal conduta estaria, ou não, albergada no âmbito protegido pelo direito à liberdade de expressão.

A escolha desse julgado como matéria-prima desta investigação, entretanto, não se deve simplesmente a sua notoriedade, mas ao fato de consistir numa divisa na aplicação da "proporcionalidade" na seara da jurisdição constitucional brasileira. Com efeito, submetido ao crivo da mais alta Corte do Brasil, referido caso veio despontar não só por sua relevância histórica enquanto precedente jurisprudencial (*leading case*) no âmbito de questões difíceis, como tais o são os temas sobre igualdade, preconceito, racismo, antissemitismo e sua inter-relação com a liberdade de expressão, mas, ainda, por revelar importante movimento na adoção, por seus juízes, dos ditames teóricos e metodológicos da doutrina alemã, sobretudo baseada no pensamento desenvolvido por Robert Alexy.

No contexto do julgamento do Caso Ellwanger, é possível identificar um claro debate sobre a ocorrência, ou não, de colisão entre direitos fundamentais, ponderação de bens e interesses em jogo, e sobre a necessidade de se fundamentar uma decisão baseada na proporcionalidade por suas três máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Para além da questão específica sobre a definição de racismo, chama atenção como os juízes da Corte Constitucional brasileira fundamentaram a decisão sobre os limites do direito à liberdade de expressão e sobre a ingerência da decisão judicial no âmbito desse mesmo direito.

A inequívoca referência ao "método da ponderação"<sup>70</sup> e ainda ao juízo metódico de "proporcionalidade"<sup>71</sup>, tal como pensado na doutrina de Robert Alexy, nos conduz ao objeto desta pesquisa, que consiste em saber se o que foi construído nos votos dos ministros está, ou não, em consonância com a metódica de argumentação desenvolvida<sup>72</sup> na jurisprudência e doutrina alemãs para solução das colisões entre princípios e controle das

---

<sup>70</sup> Conforme referência do ministro Celso de Mello, na página 632, e do ministro Carlos Ayres Britto, na página 790, do Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>71</sup> Nesse sentido, assinalado pelo ministro Gilmar Mendes, na página 655, e pelo ministro Marco Aurélio, na página 895, do Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>72</sup> ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e Racionalidade**. Revista de direito privado. Outubro-Dezembro de 2005. p.335.



intervenções estatais sobre os direitos fundamentais. Dito de outro modo, investiga-se se a argumentação, que supostamente está a aplicar a "ponderação", e, ainda, a "proporcionalidade", é consonante com a teoria dos direitos fundamentais e metódica que lhe é pertinente.

Assim, é objeto de análise, neste trabalho, o conteúdo argumentativo que se traduz na metódica de solução de colisões de princípios e de controle da constitucionalidade da intervenção estatal.

A indagação ganha relevância, sobretudo, quando se verifica que, para o resultado do julgamento, a máxima da proporcionalidade foi utilizada como argumento de decidir por dois juízes daquela Corte, contudo com resultados absolutamente distintos.

Nesse sentido, na argumentação elaborada a partir das três máximas parciais da proporcionalidade, o ministro Gilmar Mendes fundamentou seu voto no sentido de que o ato estatal, ou seja, a decisão condenatória do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, incidente sobre a liberdade de expressão, teria sido proporcional, quadro esse que o levou a decidir pelo indeferimento da ordem de *habeas corpus*<sup>73</sup>. Disse o ministro:

Diante de tais circunstâncias, cumpre indagar se a decisão condenatória atende, no caso, às três máximas parciais da proporcionalidade<sup>74</sup>.

(...)

Assim, a análise da bem fundamentada decisão condenatória evidencia que não restou violada a proporcionalidade.

Nestes termos, o meu voto é no sentido de se indeferir a ordem de *habeas corpus*<sup>75</sup>.

Em sentido diametralmente oposto, o ministro Marco Aurélio, também se servindo da máxima da proporcionalidade para fundamentar a sua decisão, convenceu-se de que a condenação do paciente foi desproporcional, pelo que decidiu pelo deferimento da ordem de *habeas corpus*. Eis o excerto do voto do ministro:

Assim, aplicando o princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão da liberdade de manifestação do paciente e da dignidade do povo judeu, acredito que a condenação efetuada pelo Tribunal de Justiça do Estado do

---

<sup>73</sup> Conforme conclusão do ministro Gilmar Mendes, na página 671 do Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>74</sup> Conforme penúltimo parágrafo da página 669 do voto do ministro Gilmar Mendes, nos autos do Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>75</sup> Conforme penúltimo e último parágrafos da página 671 do voto do ministro Gilmar Mendes, nos autos do Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

Rio Grande do Sul - por sinal, a reformar sentença do Juízo - não foi o meio mais adequado, necessário e razoável<sup>76</sup>.

(...)

Concedo a ordem para assentar a inexistência da prática de racismo e concludo pela incidência da prescrição da pretensão punitiva, tal como o fizeram os ministros Moreira Alves e Carlos Britto.

Saber se essa decisão da Suprema Corte seguiu corretamente a metódica a que faz referência é justamente o ponto que interessa à presente pesquisa.

Convém salientar que esta investigação parte do pressuposto de que a tese da otimização conduz a um modelo adequado dos direitos fundamentais, de modo que não está em causa nenhum questionamento crítico sobre a lei da colisão ou sobre a lei do sopesamento. Segue-se, assim, a doutrina de Robert Alexy quanto a ser direitos fundamentais, em geral, como normas princípios, e os princípios como mandamentos de otimização.

Por outra perspectiva, também não está em causa eventual compreensão do "direito como integridade" ou como um "romance em cadeia", assim considerada a visão de Ronald Dworkin<sup>77</sup>.

Do mesmo modo, não está em questão a pertinência, ou não, na adoção da técnica da "ponderação", como forma de solução das colisões entre princípios, ou da "proporcionalidade", como método de controle da atuação estatal nos direitos fundamentais.

Assim, para esta abordagem empírica, fundada no exame da aplicação do direito pelo Supremo Tribunal Federal no "Caso Ellwanger", revela-se de fundamental importância prévia abordagem analítica sobre as denominadas "ponderação" e "proporcionalidade", com necessária descrição do estado da arte em termos da teoria dos direitos fundamentais e da teoria da argumentação jurídica, neste ponto correlacionadas.

Propõe-se nesta pesquisa, por conseguinte, escrutinar os métodos admitidos pela Corte Constitucional brasileira para solução do caso em destaque, identificando se efetivamente correspondem às soluções a que fazem referência, ou seja, a ponderação e a máxima da proporcionalidade, praticadas originariamente na jurisprudência alemã e desenvolvida pela doutrina de Robert Alexy.

---

<sup>76</sup> Conforme último parágrafo da página 901 do voto do ministro Marco Aurélio, nos autos do Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

<sup>77</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 274-286.

## Capítulo 2 - A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO COMO MÉTODO DE DECISÃO PARA SOLUÇÃO DA COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

### 2.1. Distinção entre regras e princípios como pressuposto necessário para determinar os métodos de solução dos conflitos normativos e de aplicação da norma jurídica

Diante de uma situação concreta de aplicação dos direitos fundamentais, uma questão que se apresenta de crucial importância, e ponto de partida para aferição da metódica adequada de resolução dos conflitos de interesses eventualmente em causa, consiste em determinar se a norma que instrumentaliza o respectivo comando normativo é uma regra ou um princípio<sup>78</sup>.

No atual estágio da ciência jurídica, já não há dúvida quanto ao reconhecimento dos princípios como uma das espécies de norma, ao lado das regras, e de sua importância como critério de decisão<sup>79</sup>. Importante contributo teórico para esse modelo foram as teorias formuladas por Ronald DWORKIN e Robert ALEXY.

É assente na doutrina pós-positivista que a Constituição é um "sistema normativo aberto de regras e princípios"<sup>80</sup>. Tal concepção decorre da compreensão de que a integridade e funcionalidade desse sistema jurídico não seria possível, se constituído exclusivamente por regras ou baseados tão somente em princípios.

Ronald DWORKIN sustenta que um sistema composto exclusivamente de regras não permitiria a fundamentação das decisões nos casos difíceis ou controversos para os quais não fosse identificada nenhuma regra, salvo se o juiz se conduzisse pela discricionariedade, a decidir o caso de uma maneira ou de outra<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.189.

<sup>79</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.247.

<sup>80</sup> Expressão adotada por Canotilho, que assim pode ser esclarecida: "(1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem um estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e 'capacidade de aprendizagem' das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade' e da 'justiça'; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras." CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina; 2003. p. 1159.

<sup>81</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Mandamentos Editora, 2002. p. 29 e 126.

Para ALEXY, esse modelo puro de regras tenderia a fracassar em todas as formas de regulação dos direitos fundamentais<sup>82</sup>, pois, se garantidos sem reservas, não seria possível a introdução de restrições, a resultar em muita garantia, e, se tomados com reservas simples ou qualificadas, o inverso seria consequência.

Assim, num modelo puro de regras, o sistema seria marcado por uma disciplina legislativa exaustiva e completa, a constituir um "sistema de segurança", de legalismo estrito de regras, que não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta<sup>83</sup>.

De outra parte, se constituído apenas por princípios, o sistema seria falho em segurança jurídica e extremadamente complexo, ante a indeterminação, imprecisão e coexistência de princípios conflitantes<sup>84</sup>. Esse modelo, segundo as objeções dos críticos, não levaria a sério a regulação da constituição escrita<sup>85</sup>.

Por essa perspectiva, a ser a Constituição um sistema normativo de regras e princípios, compreensível a distinção destas duas espécies normativas como o primeiro e imprescindível passo para a aplicação da norma constitucional.

Não por acaso, ALEXY considera que distinção entre regras e princípios é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais<sup>86</sup>.

Acerca do tema, variados são os critérios para a distinção entre as duas espécies normativas. Dentre eles se destacam a generalidade, a determinabilidade dos casos de aplicação, o fato de os princípios serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, o fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento<sup>87</sup>.

De um modo geral, os critérios frequentemente utilizados para diferenciar princípios e regras estão ligados a alguma ideia de graduação. Para alguns autores, o traço marcante de diferenciação entre essas duas espécies de norma jurídica é o grau de importância, a notabilizarem-se os princípios como as normas mais importantes do

---

<sup>82</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.135.

<sup>83</sup> CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina; 2003. p. 1162.

<sup>84</sup> Ibidem. p. 1163.

<sup>85</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.122.

<sup>86</sup> Ibidem, p.85.

<sup>87</sup> Ibidem, p.88.

ordenamento jurídico, ao passo que as regras são aquelas normas que apenas dão concretude a esses princípios. Para outros juristas, a distinção se dá a partir do grau de abstração e generalidade, uma vez que os princípios são mais abstratos e mais gerais do que as regras<sup>88</sup>.

Por essas correntes doutrinárias, os princípios seriam, assim, "ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas"<sup>89</sup>, "mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência"<sup>90</sup>. "Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes"<sup>91</sup>. Ou ainda, seriam as normas que "geralmente denotam uma implicação de maior generalidade e importância do que as regras"<sup>92</sup>, normalmente dotadas de "maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema"<sup>93</sup>.

Resumidamente, são esses os critérios tradicionais de diferenciação, por sinal, ainda aceitos por uma parcela da doutrina brasileira.

Entretanto, sob outra linha de análise, merece destaque a abordagem teórica que reconhece a existência de uma distinção qualitativa entre princípios e regras e não de grau, tal como se afere nos critérios defendidos por DWORKIN, quanto à existência de uma distinção lógica entre regras e princípios, e por ALEXY, quanto à existência de uma distinção estrutural.

---

<sup>88</sup> Malheiros Editores, 2012. p.93.

<sup>88</sup> Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 44.

<sup>89</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. p. 91: "Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] 'núcleos e condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais".

<sup>90</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009. p. 948: "Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitários que há por nome sistema jurídico positivo."

<sup>91</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 294.

<sup>92</sup> Cf. RAZ, Joseph. **Practical Reasons and Norms**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 49: "'principles' and 'rules' are often used interchangeably, though the word 'principles' usually carries an implication of greater generality and greater importance than the word 'rules'".

<sup>93</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, São Paulo: Saraiva, 1996. p. 141: "É importante assinalar, logo de início, que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípios, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema".

Na teoria proposta DWORKIN, entre regras e princípios há uma distinção lógica<sup>94</sup>, que se manifesta na diferente forma de aplicação da norma em questão e, ainda, na diferente dimensão de conflito normativo. Regras e princípios apontam para decisões particulares quanto à obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas se distinguem quanto à natureza da orientação que oferecem. Ao passo que as regras impõem resultados, os princípios atuam na orientação do sentido de uma decisão. Um resultado contrário ao que foi assinalado pela regra significa ou que ela foi modificada ou que foi abandonada. A mesma lógica de exclusão, entretanto, não se aplica aos princípios. Um princípio pode preponderar em determinados casos ou ser desconsiderado em outros, conforme o seu peso ou importância, sem que isto represente a sua exclusão da ordem jurídica.

Especificamente quanto à aplicação da norma, a distinção lógica ocorre porque a regra segue um modelo disjuntivo do "ou tudo ou nada", ao passo que os princípios seguem um modelo de aplicabilidade variável condicionada ao seu diferente peso ou importância relativa nas circunstâncias do caso concreto<sup>95</sup>.

Por esse modelo, há apenas dois resultados possíveis e contrapostos de aplicação da norma: no caso das regras, se válidas, têm de ser aplicadas; se inválidas, não podem ser aplicadas. Por outro vértice, no caso dos princípios, diversamente das regras e de sua aplicabilidade à maneira do "ou tudo ou nada", não se há de indagar acerca da validade dos princípios, como pressuposto de sua aplicação, mas tão somente quanto ao peso ou importância deles perante os demais, a prevalecer o que for mais importante ou tiver maior peso, sem que isto signifique que o princípio não prevalecente deixe de ter validade.

De outra perspectiva, a distinção lógica se evidencia, ainda, no modo como são solucionados o conflito de regras e a colisão de princípios.

Nas situações de conflito entre regras, a decisão se desenvolve na dimensão da validade, o que implica eliminar na ordem jurídica a regra contrária inválida. Se duas regras conflitam entre si, na medida em que apresentam diferentes soluções para o caso concreto, uma delas deve ser excluída, por inválida. Nesses termos, resulta dizer que a regra inválida é excluída da ordem jurídica e em nada contribui para a decisão do caso concreto. Na hipótese, o conflito pode ser decidido por meio de outras regras, que dão precedência à regra

---

<sup>94</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Mandamentos Editora, 2002. p. 39.

<sup>95</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Lisboa: Coimbra Editora, 2003. p. 326.

promulgada pela autoridade de grau superior (critério da hierarquia), à regra promulgada mais recentemente (critério da cronologia), ou à regra mais específica (critério da especialidade)<sup>96</sup>.

Diferentemente do que acontece com as regras, as colisões entre princípios devem ser decididas mediante a dimensão do peso relativo que cada um deles apresenta no caso concreto, o que conduz à cedência do princípio mais fraco, contudo sem implicar na sua exclusão da ordem jurídica.

Dessa forma, há distinção entre regras e princípios, porque seus conflitos normativos são solucionados em diferentes dimensões, as regras no âmbito da validade, os princípios no âmbito do peso.

A perfilhar análogo pressuposto teórico de que normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambas não há uma diferenciação de grau, mas de qualidade, ALEXY confere maior precisão a tais premissas teóricas e desenvolve a ideia de princípios como mandamentos de otimização<sup>97</sup>. Segundo ALEXY, a diferenciação qualitativa decorre, em termos gerais, do fato de os princípios serem normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. As regras, de sua vez, são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, a conter determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível<sup>98</sup>.

Por conseguinte, na teoria dos princípios formulada por ALEXY, a diferença qualitativa entre regras e princípios tem como principal traço distintivo a estrutura dos direitos que elas garantem, ou seja, está relacionado ao tipo de mandamento e à natureza de suas razões, aspectos que, ao fim e ao cabo, se refletem no modo de cumprimento da norma e na dimensão em que ocorrem os conflitos normativos<sup>99</sup>.

Por essa linha teórica, os princípios são mandamentos de otimização e suas razões têm sempre a natureza *prima facie*, uma vez que podem ser afastadas por razões contrárias em cada caso concreto. Em vista disso, os princípios podem ser satisfeitos em graus variados, para mais ou para menos, e a medida de satisfação é definida pelas circunstâncias do

---

<sup>96</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Mandamentos Editora, 2002, p. 43.

<sup>97</sup> Importa notar que, no conceito de mandamento, ALEXY adota um sentido amplo, que também inclui as permissões e as proibições. Cf. nota 23. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.90.

<sup>98</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.90.

<sup>99</sup> NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**, 6ª ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 452.

caso concreto e pelas normas colidentes. O conflito normativo, na espécie, se dá ordinariamente<sup>100</sup> na dimensão de peso.

Em contrapartida, as regras são mandamentos categóricos de "dever ser" e suas razões têm natureza definitiva, a exigir o seu cumprimento na exata medida de suas prescrições<sup>101</sup>, sem ultrapassar para mais nem para menos o conteúdo deôntico. O conflito normativo nessa espécie de norma se dá na dimensão de validade.

Em suma, para além das diferenças verificadas tanto na aplicação das duas espécies normativas quanto nas situações de conflito normativo, ALEXY destaca que a principal distinção entre regras e princípios está na estrutura dos direitos que tais normas garantem, ou seja, os princípios, por garantirem direitos ou imporem deveres *prima facie*, e, as regras, por garantirem direitos ou imporem deveres definitivos<sup>102</sup>.

Esse é o ponto que interessa a este estudo. Não se ignora quanto à existência de outras classificações e contributos teóricos de diferenciação<sup>103</sup>. Todavia, para o específico escopo deste trabalho, será seguida a corrente teórica que reconhece a diferença qualitativa entre regras e princípios (marcada pela distinção estrutural dos direitos que asseguram), ante sua total compatibilidade com a teoria dos direitos fundamentais.

Como pontua Virgílio Afonso da SILVA, é justamente a partir da aferição dessa diferença de estrutura entre direitos ou deveres *prima facie* e direitos ou deveres

---

<sup>100</sup> Marcelo Novelino ressalta a possibilidade, ainda que rara, de haver conflito entre princípios no campo da validade. Como exemplo, cita a hipótese de uma lei ordinária consagrar o princípio da desigualdade entre homens e mulheres, circunstância em que tal princípio não poderia ser considerado válido, em face do princípio da igualdade insculpido no art. 5º, I, da Constituição da República. Cf. NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**, 6ª ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012. p.139.

<sup>101</sup> No ponto, Alexy ressalta que um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.92.

<sup>102</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 45.

<sup>103</sup> Como é o caso dos critérios de dissociação constante na proposta conceitual formulada por Humberto Ávila. Ávila, propõe três critérios:a) critério da natureza do comportamento prescrito; b) critério da natureza da justificação exigida; c) critério da medida de contribuição para a decisão. Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 7ª ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. p.71. E ainda na leitura de Ana Paula de Barcellos: “Os princípios diferenciam-se das regras porque i) seus efeitos são indeterminados a partir de certo ponto, ao contrário das regras, e/ou porque ii) os meios para atingir os efeitos pretendidos pelo princípio (mesmo que estes sejam definidos) são múltiplos”. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2011. P. 70.



definitivos que decorrem os diferentes métodos de aplicação das normas jurídicas: a subsunção e o sopesamento<sup>104</sup>.

Nesse compasso, se o intérprete da Constituição identifica que um direito ou um dever é instrumentalizado por uma regra segue que adotará o método da subsunção como passo seguinte de aplicação da norma. Por outro lado, se se verifica que a norma se traduz num princípio e como tal vem espelhar um direito ou dever *prima facie*, logo deverá aplicar o método do sopesamento dos bens e interesses em jogo, segundo os pressupostos teóricos da teoria dos princípios.

Importa notar, ademais, que a diferença estrutural entre regras e princípios também é determinante para a forma como o conflito normativo é solucionado. Em comum, no caso de conflito entre regras ou colisões entre princípios, apresenta-se tão somente o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levam a resultados inconciliáveis entre si<sup>105</sup>. Para além desse aspecto, os métodos de solução também são distintos.

Salienta ALEXY que as regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente, de tal modo que contêm um dever definitivo. Assim, quando os seus pressupostos são cumpridos, a consequência jurídica se produz. Dessa forma, ou a regra é válida ou inválida, ou então sujeita a uma exceção que vai constituir uma nova regra. A forma de aplicação da regra é a subsunção. De outra parte, os princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal, revelando-se mandamentos a serem otimizados, e como tais não contêm um dever definitivo, mas somente um dever *prima facie*, a exigir que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Por exigirem mais do que é realmente possível, eles tendem a colidir entre si, sendo a ponderação a sua forma de aplicação, técnica que tem o condão de conduzir o dever-*prima-facie* ideal ao dever real e definitivo<sup>106</sup>.

A ser assim, o conflito normativo tanto entre princípios quanto entre regras requer uma técnica correspondente de decisão. Uma vez verificado que duas normas regulam uma mesma situação de maneira diversa e que essa antinomia jurídica se desenvolve no plano da validade, a solução do conflito será alcançada mediante os critérios hierárquico,

---

<sup>104</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 46.

<sup>105</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.92.

<sup>106</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradutor Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2007. p. 37.

cronológico e da especialidade. Mas se o conflito ocorre na dimensão do peso ou importância, neste caso, a decisão se desenvolverá mediante sopesamentos realizados segundo a metódica da ponderação, técnica de decisão que vincula a "lei do sopesamento" à teoria da argumentação jurídica racional<sup>107</sup>.

## **2.2. A compreensão do conteúdo protegido dos direitos fundamentais**

Avaliar se determinado bem jurídico está ou não protegido por um direito fundamental é seguramente a questão central da dogmática relativa às normas de direitos fundamentais.

Por consistirem em posições de vantagem juridicamente tuteladas<sup>108</sup>, os direitos fundamentais são empregados em diversos domínios da vida e protegem especificamente os bens jurídicos descritos no suporte fático da norma constitucional.

Isso importa dizer que a proteção constitucional há de incidir especificamente sobre determinada parte da realidade da vida, então denominada âmbito de proteção, domínio normativo, ou pressuposto de fato do direito fundamental<sup>109</sup>.

O âmbito de proteção dos direitos fundamentais consiste, assim, no domínio da vida protegido pela norma jurídico-fundamental. É, por outras palavras, aquela parte da realidade recortada pela norma como bem jurídico objeto de proteção<sup>110</sup>.

Entretanto, para que seja possível identificar quais bens jurídicos são objeto de proteção, imprescindível o pronto delineamento das fronteiras do direito em causa, ou mais especificamente do seu conteúdo, a distinguir o que é o âmbito da vida não protegido e o que se encontra inserido no âmbito de proteção do direito fundamental.

No ponto, convém diferenciar “âmbito de regulação”, “âmbito de proteção” e “âmbito de garantia efetivo”, três conceitos essencialmente distintos.

---

<sup>107</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.165.

<sup>108</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.55.

<sup>109</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997. p.1262.

<sup>110</sup> PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP). e-book., parágrafo 214.

Em linhas gerais, sabe-se que a norma pode tomar como suporte fático determinado âmbito ou domínio da vida no seu todo ou apenas em parte. A essa realidade, considerada como um todo, mas ainda não submetida à regulação por uma norma, é que se denomina como o domínio da vida passível de normatização, sendo este, portanto, o “âmbito de regulação”. Por outro ângulo de análise, quando a norma toma o todo ou parte dessa realidade na definição do suporte fático, ela, em verdade, está a destacar o objeto protegido, sendo esse domínio, então, o “âmbito de proteção”. Nesse passo, é sobre esse âmbito protegido que devem incidir as eventuais intervenções estatais legítimas ou acionadas as reservas existentes, a denotar o “âmbito de garantia efetivo”<sup>111</sup>.

Por essa linha de exposição, ao passo que o âmbito de proteção refere sobre o domínio da vida protegido, então resultante de recorte do âmbito da vida levado a efeito pela norma jurídico-fundamental, o âmbito de regulação vai consistir no domínio da vida considerado pelo direito fundamental, contudo sem o recorte de um conteúdo protegido.

Resumidamente se pode dizer que o âmbito de regulação corresponde ao domínio da vida passível de proteção (âmbito potencial de proteção), e o âmbito de proteção ao domínio da vida protegido pelo direito fundamental (âmbito normativo ou previsão normativa do direito fundamental). Do que sobra do âmbito de proteção, depois de operadas as intervenções estatais e reservas, procede ao âmbito de garantia efetivo (âmbito definitivo de proteção)<sup>112</sup>.

Para maior compreensão do assunto, sobressai apropriado, à guisa de ilustração, tomar em destaque o direito fundamental de reunião consagrado no art. 5º, XVI, da Constituição brasileira de 1988<sup>113</sup>; no art. 45º-1, da Constituição portuguesa de 1976<sup>114</sup>; e no art. 8-1 da Lei Fundamental alemã de 1949<sup>115</sup>.

Em todos os enunciados normativos referidos, a norma se reporta ao domínio da vida referente à liberdade geral de ação, como tal a espelhar o âmbito de regulação. Inserido no âmbito de proteção do referido direito fundamental está o ato de se

---

<sup>111</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.304.

<sup>112</sup> Ibidem. p.304.

<sup>113</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 1 set. 2015.

<sup>114</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. 2 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.igfse.pt/upload/docs/2013/constpt2005.pdf>>. Acesso em 1 set. 2015.

<sup>115</sup> ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. 23 de maio de 1949. Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz\\_pt.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf)>. Acesso em 1 set. 2015.

reunir pacificamente e sem armas. No caso, o âmbito de garantia efetivo será alcançado após operadas eventuais restrições legítimas<sup>116</sup>.

Muito embora não se tenha dúvida de que tudo o que se encontra delimitado no suporte fático de determinado direito fundamental seja objeto de sua proteção, a tarefa de aferir com exatidão se determinada ação, estado ou posição jurídica se encontram incluídos nesse mesmo âmbito protegido não é tão simples quanto se possa cogitar.

Tal óbice se verifica, como preleciona Jorge Reis NOVAIS<sup>117</sup>, pelo fato de o intérprete do direito se deparar, quase sempre, com uma relativa indeterminação semântica do preceito constitucional, condição própria das normas de direitos fundamentais.

Daí porque a determinação do conteúdo do direito fundamental (âmbito de proteção) deriva do procedimento mediante o qual são revelados os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção<sup>118</sup>. Dito de outra forma, primeiro, são identificados os bens jurídicos em jogo. Depois, aferida a amplitude da proteção do direito fundamental.

Insta dizer que não é nenhum excesso de zelo teórico que assim ocorra. A determinação das linhas de fronteira de um direito fundamental é passo determinante e imprescindível para que se possa detectar a colisão entre princípios e reconhecer a existência de um direito subjetivo (direito de defesa ou direito de proteção), este um dos efeitos de proteção do direito material, enquanto garantia jurídico-fundamental<sup>119</sup>.

Necessário esclarecer que o conceito de âmbito de proteção não equivale ao conceito de garantia dos direitos fundamentais. Como já exposto anteriormente, o âmbito de proteção diz respeito à realidade da vida como objeto de proteção normativa. A garantia dos direitos fundamentais, por outro lado, trata especificamente dos efeitos de proteção juridicamente conformados dos direitos fundamentais<sup>120</sup>.

---

<sup>116</sup> Há divergência na doutrina se a cláusula referente ao direito de “reunir-se pacificamente, sem armas” poderia ser considerada simples elemento do tipo (*Tatbestand*) ou uma restrição imediata. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional, 4ª ed. ver e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p.43.

<sup>117</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 97.

<sup>118</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997. p.1275.

<sup>119</sup> PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP). e-book., parágrafo 218.

<sup>120</sup> Ididem, parágrafo 219.

Demais disso, somente após conhecidas as diferentes situações, posições ou comportamentos jusfundamentalmente protegidos é que se poderá falar em restrições de direitos fundamentais<sup>121</sup>.

Nesse compasso, a ter em vista que a fundamentalidade do direito se prende à necessidade de sua conformação em norma de estatuta constitucional e a submissão a controles mais elaborados de constitucionalidade, a determinação dos bens protegidos e dos seus precisos contornos se revela como a primeira providência de análise de interpretação e aplicação.

É de se dizer, portanto, que somente pode ser submetido a controle de constitucionalidade aquilo que adentrar no domínio protegido do direito fundamental. De consequência, tudo o que nesse âmbito de proteção não ingressar, nenhuma relevância jurídica terá.

A considerar que não se interpretam apenas os enunciados normativos, senão também os fatos aos quais eles referem, a determinação do conteúdo protegido dos direitos fundamentais vai depender da amplitude que se confira ao âmbito de proteção, se amplo ou restrito, segundo a concepção teórica do suporte fático. E nessa seara, a compreensão da maior ou menor amplitude do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, da delimitação das fronteiras protegidas e consequente determinação do conteúdo efetivamente protegido, pode variar significativamente.

Em suma, o âmbito de proteção refere sobre tudo aquilo que é *prima facie* protegido, sem levar em consideração eventuais restrições. Assim, no caso de direitos negativos, integra o âmbito de proteção todas as ações, características ou situações que não podem ser afetadas, embaraçadas ou eliminadas, e, ainda, no caso de direitos positivos, o conjunto de ações estatais que fomenta a realização desse mesmo direito<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997. p. 1275.

<sup>122</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p.286.

### 2.3. A extensão do suporte fático da norma como pré-requisito de análise das colisões de princípios

Como ficou claro até aqui, por uma concepção alexyana, regras e princípios apresentam evidentes diferenças que conduzem à exigência de distintos modelos decisórios de aplicação da norma, então consistente na subsunção, no caso das regras, e no sopesamento, no caso dos princípios, assim como distintas técnicas de solução dos conflitos normativos segundo se verifiquem no plano da validade ou no plano do peso ou importância<sup>123</sup>.

Embora possa parecer trivial a ocorrência de colisão entre princípios, a percepção desse fenômeno jurídico depende de uma precisa determinação do que se concebe como suporte fático da norma de direito fundamental.

Por ser o suporte fático o conjunto de condições previstas por uma norma que, se verificadas, dão ensejo a uma consequência jurídica, a colisão entre princípios ocorrerá quando uma norma for de encontro aos bens protegidos por outra, por meio de embaraço de ações, afetação de características e situações, eliminação de posições jurídicas, no caso dos direitos a ações negativas; ou por importar em um não agir ou agir de forma insuficiente, no caso de direitos a ações positivas do Estado.

Conquanto sob denominações diversas, o conceito de suporte fático, oriundo do termo alemão *Tatbestand*<sup>124</sup>, é de uso corrente em outros ramos do direito, a exemplo da adotada no direito penal, que é comumente chamado de "tipo"; ou, ainda, no direito tributário, que é nominado de "fato gerador"<sup>125</sup>, "fato impositivo" e "hipótese de incidência"<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> BOROWSKI, Martin. **La restricción de los derechos fundamentales**. Revista Española de Derecho Constitucional, ano 20. Num. 59. Mayo-Agosto 2000. p.35. "Los principios contienen un deber *prima facie*, las reglas un deber definitivo. Cuando una regla vale y es aplicada, siempre se imputa una consecuencia jurídica. A diferencia de un principio, una regla no puede simplemente retrotraerse en un caso individual. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas sólo se subsume (31). Los conflictos entre principios se deciden en la dimensión del peso (32), los conflictos entre reglas en la dimensión de la validez. La dimensión de peso propia de los principios le falta a las reglas, que son determinaciones en el campo de lo fáctico y jurídicamente posible (33). Los principios, en cambio, presentan un objeto de optimización, el cual puede ser realizado en un grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios son por ello gradualmente realizables (34)."

<sup>124</sup> MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I, Parte Geral, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1959. Introdução, § 7.

<sup>125</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 134.

<sup>126</sup> ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6ª ed. 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2009. p.54.

Notadamente na seara da norma enquanto regra, a delimitação do suporte fático geralmente é muito precisa, dado que pode ser revelado por aquele fato, ou grupo de fatos que o compõe, e sobre o qual a regra jurídica incide<sup>127</sup>.

A exemplo de uma regra que trate do tipo penal de homicídio simples<sup>128</sup>, o suporte fático se apresenta como a descrição da conduta humana proibida de alguém que tira a vida de outrem. Na espécie, o bem protegido é a vida humana e a consequência jurídica para quem viole a norma de proibição é uma limitação à liberdade de locomoção ou, ainda, de outras liberdades.

Assim, no âmbito das regras, o preenchimento do suporte fático é condição por si só suficiente para que sejam desencadeadas as consequências jurídicas previstas pela norma. Verificado o fato, seja evento ou conduta, objeto da normatividade jurídica, os efeitos jurídicos se impõem, consequentemente, aos fatos juridicizados.

No contexto da norma regra, portanto, há em definitivo um suporte fático claro, delimitado, cujas condições previstas pela norma são *a priori* de plano conhecidas e definidas de modo categórico. Daí se falar que tais normas são dotadas de um suporte fático restrito<sup>129</sup>.

De outro lado, em se tratando de norma-princípio, tal concepção não se aplica, dado que o delineamento do respectivo suporte fático vai depender do sopesamento dos bens e interesses em jogo diante das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Por tal razão, é que, no âmbito do direito constitucional, o conceito de suporte fático e de sua extensão ganha significativa importância para a compreensão teórica e aplicação prática dos direitos fundamentais<sup>130</sup>.

Nesse compasso, convém notar que, no domínio da teoria dos direitos fundamentais, a doutrina assinala, na generalidade, a existência de dois elementos integrantes do suporte fático de uma norma de direito fundamental, sendo eles o "âmbito de proteção" e a

---

<sup>127</sup> MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I, Parte Geral, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1959. Introdução, § 7.

<sup>128</sup> A exemplo do art. 121, caput, do **Código Penal brasileiro**: "Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos."

<sup>129</sup> NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**, 6ª ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012. p.421.

<sup>130</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 67.

"intervenção"<sup>131</sup>. O âmbito de proteção consiste especificamente nos bens protegidos<sup>132</sup> pela norma e a intervenção nas ingerências incidentes sobre aquilo que se protege, ou seja, qualquer atuação do Estado que torne total ou parcialmente impossível ao particular uma conduta que recaia no âmbito de proteção de um direito fundamental<sup>133</sup>.

Em acréscimo a esta posição, Robert ALEXY e Martin BOROWSKI também defendem um conceito de suporte fático composto pelos dois elementos, "âmbito de proteção" e "intervenção", contudo, contrapostos pela fundamentação constitucional, sem a qual estaria justificada a consequência jurídica do respectivo direito fundamental<sup>134</sup>.

Por esse modelo, se o âmbito de proteção (AP) de determinados bens jurídicos (x) sofrer a intervenção estatal (IE) sobre esses mesmos bens sem a devida fundamentação constitucional (FC), logo a intervenção não será fundamentada e a consequência jurídica (CJ) deverá ocorrer para proteger os bens jurídicos que sofreram a indevida intervenção. Essa linha de exposição teórica resulta, portanto, na seguinte formulação lógica:  $(APx \wedge IEx) \neg FCx \Rightarrow CJx$ .

Sob outra linha de análise, Virgílio Afonso da SILVA propõe um modelo alternativo, ao qual aderimos, que tem como ponto de partida o modelo proposto por ALEXY e defendido por BOROWSKI, contudo com concepção diversa sobre a ausência de fundamentação constitucional.

Para SILVA, se o suporte fático é integrado pelos elementos que, se preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental, logo é de se concluir que não basta a verificação do âmbito de proteção e da intervenção estatal para que a consequência jurídica seja acionada, sendo necessário ainda que não exista a fundamentação constitucional específica para a intervenção.

A diferença entre uma proposta e outra está no fato de que a ausência de fundamentação constitucional deve-se reportar tão-somente à intervenção estatal e não à soma

---

<sup>131</sup> BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. traducción de Carlos Bernal Pulido, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 125. Cf. também, ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 305.

<sup>132</sup> Alexy esclarece que bens protegidos são ações, características ou situações, ou ainda posições de direito ordinário, que não podem ser embaçadas, afetadas ou eliminadas. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 303.

<sup>133</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. tradução de Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. 1ª Parte, § 6º, III, item 253.

<sup>134</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 303. BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p.119.



do âmbito de proteção e da intervenção como defendem ALEXY e BOROWSKI. Com efeito, por essa linha de raciocínio, reputa-se mais acertado definir o suporte fático não somente como âmbito de proteção e intervenção ( $APx$  e  $IEx$ ), mas ainda como constituído, para além dos dois elementos anteriores, pela ausência de fundamentação constitucional da intervenção ( $\neg FC(IEx)$ )<sup>135</sup>. Por isso, em vez de  $(APx \wedge IEx) \neg FCx \Rightarrow CJx$ , como propõe BOROWSKI, a proposta de SILVA diz que  $APx \wedge \neg FC(IEx) \Rightarrow CJx$ .

Esse modelo deve ser acolhido, porquanto se harmoniza perfeitamente com a teoria dos princípios. Sendo certo que cada princípio tem um âmbito de proteção, cuja amplitude vai depender da amplitude e peso da importância das razões do princípio contraposto, é sobre a intervenção, e não ainda sobre o âmbito de proteção, portanto, que há de se aferir a presença de fundamento constitucional para que um princípio tenha precedência sobre outro.

A ser assim, se a intervenção sobre os bens jurídicos previstos no âmbito de proteção não estiver constitucionalmente fundamentada, logo que preenchido estará o suporte fático da norma jusfundamental. Nesse caso, haverá uma violação ao direito fundamental e, portanto, será ativada a consequência jurídica prevista para o caso em questão. Por outro lado, se constitucionalmente fundamentada a intervenção, estar-se-á diante, não de uma violação, mas de uma restrição legítima<sup>136</sup>, circunstância que não importa no preenchimento do suporte fático da norma, uma vez que autorizada a ingerência a excluir da proteção constitucional os bens jurídicos *prima facie* previstos no âmbito de proteção do direito fundamental.

Esse será, por conseguinte, o modelo de suporte fático perfilhado neste trabalho, como sendo constituído pelo âmbito de proteção e pela intervenção estatal não fundamentada constitucionalmente.

Assim considerado, fixado o conteúdo do conceito, chega-se à questão da extensão do suporte fático das normas de direito fundamental com a natureza de princípio. Saber se determinados bens jurídicos estão ou não, *a priori*, excluídos do âmbito de proteção

---

<sup>135</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 74.

<sup>136</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.251. "Centrando as nossas preocupações de ordem prática na ideia do controlo da actuação dos poderes públicos que de alguma forma afecte negativamente o âmbito de protecção de um direito fundamental, acolhemos a distinção clássica, proposta pela teoria externa, entre restrição legítima e restrição ilegítima (ou violação) de um direito fundamental, sendo legítima apenas a restrição que se traduza numa afectação ou num prejuízo constitucionalmente adequado da liberdade, ou seja, uma actuação restritiva por parte dos poderes constituídos que esteja constitucionalmente justificada e preencha os requisitos formais e substanciais exigidos".

ao qual poderiam estar subsumidos no seu domínio de regulação vai depender da respectiva teoria do suporte fático adotada.

Importa notar que, nesse contexto, âmbito de proteção e intervenção relacionam-se entre si, de modo que quanto mais amplo for o entendimento dos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais, maior será a intervenção estatal. Quanto mais restrito for o entendimento dos âmbitos de proteção, menor a atuação do Estado como intervenção<sup>137</sup>.

Com efeito, a depender da linha teórica seguida, nem mesmo será possível se conceber a ocorrência de colisão entre direitos fundamentais ou entre estes e outros valores constitucionais, haja vista a precisa delimitação do âmbito de proteção de cada direito fundamental, que neste caso passam a ter uma estrutura típica de regra<sup>138</sup>.

Segundo a extensão que se confira ao suporte fático dos direitos fundamentais, duas tendências teóricas se destacam, sendo elas as que tratam do suporte fático amplo e as do suporte fático restrito.

As teorias do suporte fático restrito têm como principal característica a exclusão, de antemão, de algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser subsumidas no âmbito de proteção da norma jusfundamental. A principal tarefa argumentativa das teorias que se baseiam no suporte fático restrito consiste em fundamentar o que se inclui ou não se inclui no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, assim como determinar a extensão do conceito de intervenção nesse contexto.

Em comum nessas teorias, há a busca pela essência de determinado direito ou determinada manifestação humana e a rejeição da ideia de colisão de direitos fundamentais<sup>139</sup>. A exclusão *a priori* de determinadas ações, estados ou posições jurídicas seria assim realizada mediante interpretação constitucional<sup>140</sup> ou, ainda, mediante critérios

---

<sup>137</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. tradução de Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. 1ª Parte, § 6º, III, item 239.

<sup>138</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 82.

<sup>139</sup> Ibidem, p. 82.

<sup>140</sup> Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006. p.292, "Os limites materiais, que definem o âmbito ou a esfera normativa de cada um dos direitos fundamentais, decorrem da interpretação dos preceitos constitucionais que os prevêm, sendo que estes, em regra, utilizam para o efeito conceitos indeterminados ou mesmo cláusulas gerais - a tarefa de delimitação do direito por interpretação desses conceitos cabe, como vimos, a todos os aplicadores da Constituição e, em última instância, aos juízes, delimitação que, aliás, em face do texto da norma, tanto pode saldar-se numa interpretação enunciativa, como numa interpretação restritiva ou mesmo numa interpretação ampliativa". Muito embora admita a colisão coo uma terceira etapa.

abstratos de intuição ou evidência dirigidos à proteção da essência do direito fundamental<sup>141</sup>. Por essa perspectiva teórica, o sentido do suporte fático restrito corresponderia, de um modo geral, no significado do que é protegido definitivamente.

A grande dificuldade que as teorias enfrentam para sustentar um suporte fático restrito para os direitos fundamentais está no método de definição do suporte fático da norma, já que não revelam nem deixam claro os critérios racionais e objetivos mediante os quais condutas, *prima facie* garantidas por um direito fundamental, seriam excluídas, *a priori*, em abstrato e em definitivo, circunstância a denotar que tais defesas são orientadas tão simplesmente pela intuição<sup>142</sup>.

Para além da exclusão *a priori* e definitiva da proteção de certas condutas, também se apresenta problemática a distinção entre regulamentação e restrição, uma vez que por essa linha teórica hipóteses de restrição resultariam por serem tratadas como regulamentação, a reduzir a extensão do âmbito protegido, contudo sem desafiar a necessária justificação ou controle próprios das restrições<sup>143</sup>.

Em contraponto às teorias que defendem um suporte fático restrito para os direitos fundamentais, há as que se baseiam em um suporte amplo. Por essa tendência teórica, o âmbito de proteção deve ser interpretado da forma mais ampla possível e há de considerar toda ação, estado ou posição jurídica que, isoladamente considerados, possam ser compreendidos no "âmbito temático" de um direito fundamental. Tudo aquilo que milite em favor da proteção do direito fundamental deve ser considerado no âmbito de proteção, pouco importando que outras características estejam presentes<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> Cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**, 3º ed. rev. e ampl. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.18. "O teor material normativo de prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com a ajuda dos pontos de vista hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturantes da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que conseqüentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistemas de valores, valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas". Para Müller, a delimitação da amplitude fática dos direitos fundamentais é a principal tarefa da dogmática, que definiria o que é protegido ou não em cada direito fundamental, a fixar os seus limites, pelo que não se faria sentido falar em restrição, pois a questão não é saber porque um direito pode ser restringido, mas qual é a extensão de sua validade. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 86.

<sup>142</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 97.

<sup>143</sup> Ibidem, p. 100.

<sup>144</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 322.

Logo, não se exclui, *a priori*, nenhuma conduta do âmbito de proteção do direito. A proteção é intencionalmente ampla, contudo, não de forma definitiva, mas apenas *prima facie*. Significa dizer que há uma distinção clara entre o que é o domínio protegido *a priori* (âmbito de proteção) e o âmbito de garantia efetivo, então resultante da intervenção das restrições constitucionais legítimas<sup>145</sup>. De uma garantia *prima facie* dos direitos decorre a garantia definitiva somente a partir do sopesamento das razões e contrarrazões dos direitos envolvidos no caso concreto<sup>146</sup>. O conceito de intervenção também é amplo e nele se inclui qualquer tipo de regulamentação, que não é diferenciado de potenciais restrições<sup>147</sup>.

Dessa forma, diversamente da concepção do suporte fático restrito, cujo foco argumentativo é centrado previamente na definição do que é protegido e do que caracteriza ou não uma intervenção estatal, a concepção do suporte fático amplo desloca toda a argumentação para momento posterior, concernente na fundamentação constitucional da intervenção no bem protegido.

Daí porque a escolha por uma ou outra teoria do suporte fático tende a afetar diretamente a forma de aplicação dos direitos fundamentais. De fato, o que integra os bens protegidos e o que é a ingerência sobre esses mesmos bens vai depender necessariamente da concepção teórica de suporte fático que se adote, se restrito ou amplo.

Com essas premissas, a considerar os pressupostos teóricos da teoria dos princípios na forma desenvolvida por ALEXY, é de se adotar a concepção ampla de suporte fático e rejeitar as teorias restritas.

Segundo a teoria dos princípios, os direitos fundamentais são garantidos, geralmente, por uma norma que estatui um direito *prima facie*, que pode se realizar ou não segundo as possibilidades jurídicas e fáticas no caso concreto, o que implica um âmbito de proteção o mais amplo possível, a ensejar o choque de bens jurídicos igualmente dignos de proteção jurídica com exigências de restrição a realização de um dos princípios envolvidos. Aceitar a exclusão *a priori* de determinadas condutas do âmbito de proteção significa, em verdade, negar o caráter *prima facie* das normas jusfundamentais, é dizer que não possuem a natureza de princípios e, ainda, que estes não são comandos de otimização, dado que a

---

<sup>145</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.304.

<sup>146</sup> CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina; 2003. p. 1273.

<sup>147</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na teoria dos princípios**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 504.

realização de algo, de antemão, já não se dará na maior medida possível, porquanto limitado previamente, a obstar a expectativa de se experienciar todas as possibilidades do bem jurídico em questão.

Assim, a passar em revista as ideias aqui coligidas, a compreensão do modelo de suporte fático, como sendo constituído pelo âmbito de proteção e pela intervenção estatal não fundamentada constitucionalmente, e de sua extensão ampla, tem importantes implicações em toda a dogmática dos direitos fundamentais e papel decisivo para o reconhecimento e solução das colisões de princípios e, conseqüente, proteção desses direitos, consoante se verá ao longo deste trabalho.

## **2.4. A solução da colisão de princípios mediante a "técnica da ponderação"**

Quando algo é proibido por um princípio e permitido por outro, um deles há de ceder, sem que, no entanto, seja declarado inválido ou nele introduzida uma cláusula de exceção. Se isoladamente considerados, os princípios conduzem a uma contradição, tem-se no caso a colisão, cuja solução consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre eles, com base nas circunstâncias do caso concreto.

Isso ocorre porque os princípios, que em abstrato estão no mesmo nível, podem ter pesos diferentes e os com maior peso no caso concreto têm precedência, a restringir as possibilidades jurídicas de realização do outro<sup>148</sup>.

Dessa maneira, cada caso concreto pode apresentar diferente solução para os mesmos princípios envolvidos numa relação de tensão. Sob certas condições, um princípio pode ter precedência sobre outro e, sob outras condições, é possível que a precedência seja fixada de modo diverso, pois nenhum princípio tem precedência absoluta sobre o outro. Resulta dizer, em resumo, que a relação de precedência de um princípio sobre outro pode mudar, ou seja, pode constituir resultado diferente, consoante se verifiquem condições diversas.

Trata-se da aplicação da "lei da colisão" formulada por ALEXY, segundo a qual as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o

---

<sup>148</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 93.

suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência<sup>149</sup>.

Dos enunciados de preferências condicionadas decorrem regras que, diante de determinadas condições, cominam a consequência jurídica do princípio prevalecente. Com isso, é possível compreender porque deve prevalecer um e não outro direito fundamental em colisão, a partir da definição de seu suporte fático no caso concreto, a acionar as consequências jurídicas que tenham por escopo proteger ou promover o direito em questão.

A lei da colisão estabelece, assim, que nos casos de colisão é necessário definir uma relação condicionada de precedência, esta obtida a partir de sopesamento, que consiste numa tarefa de otimização e não numa questão de tudo ou nada, a ser importante base da dogmática dos direitos fundamentais.

Nessa linha de exposição, se o exercício de um direito fundamental por seu titular colide com o exercício do direito fundamental de outro titular, ou ainda com outros bens constitucionalmente protegidos<sup>150</sup>, a questão sobre o princípio que há de preceder e o que há de ceder será solucionada, não por meio da declaração de invalidade de uma das duas normas, mas por meio de sopesamento<sup>151</sup>.

Mas não se trata de qualquer sopesamento. Não basta que o sopesamento se resuma a um enunciado de preferências e à determinação da regra relacionada ao caso, pois num tal caso a preferência condicionada poderia se dar de forma intuitiva, segundo a concepção subjetiva daquele que sopesa. ALEXY propõe que um modelo assim decisionista deva ser contraposto por um modelo fundamentado<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> Ou ainda em formulação mais técnica: "Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 P P2)C. e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C=>R", Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 99.

<sup>150</sup> São possíveis casos de colisão imediata entre direitos fundamentais de titulares distintos, em autêntica colisão, como também podem existir colisões, em sentido impróprio, entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade, tais como "saúde pública", "patrimônio cultural", "defesa nacional", "integridade territorial", "família". Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina; 2003. p. 1270.

<sup>151</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 100.

<sup>152</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 165. "A um tal modelo decisionista de sopesamento pode ser contraposto um modelo fundamentado. Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um

A existir direitos cujos bens jurídicos se entrecortam no âmbito de proteção das respectivas normas jurídicas, que não podem ser realizadas em todas as suas potencialidades em virtude das circunstâncias do caso concreto, a colisão deve ser resolvida mediante um sopesamento racional, que permita ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência.

De acordo com ALEXY, para que se estabeleça uma relação de precedência condicionada entre os princípios em colisão, é necessário ter em conta três elementos que constituem a estrutura da ponderação: a lei do sopesamento<sup>153</sup>, a fórmula do peso e a carga de argumentação.

Segundo a lei do sopesamento, que vale para todos os tipos de sopesamento de princípios, "quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro"<sup>154</sup>. Por essa lei, a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um princípio vai depender do grau de importância da satisfação do outro princípio.

Esta lei mostra que o sopesamento se decompõe em um método de decisão em três passos, que neste trabalho será denominado de "técnica da ponderação"<sup>155</sup> ou simplesmente "ponderação"<sup>156</sup>. No primeiro passo, é avaliado o grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, avalia-se se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio<sup>157</sup>.

---

sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade do sopesamento leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes".

<sup>153</sup> Também denominada "Lei da ponderação", consoante termo utilizado na tradução do artigo no original "Grundrechte, Abwägung und Rationalität" de Robert Alexy realizada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (Cf. ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e Racionalidade**. Revista de direito privado. Outubro-Dezembro de 2005. 24 p.334-344). Contudo para maior precisão deste trabalho, utilizar-se-á o termo "ponderação" exclusivamente para denominar a técnica de decisão dos sopesamentos, reservando a expressão "sopesamento" para o resultado finalístico da metódica da ponderação.

<sup>154</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 167.

<sup>155</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23.

<sup>156</sup> Muito embora a doutrina em geral adote o termo "ponderação" como sinônimo de sopesamento, reputo importante para a precisão conceitual e compreensão dos modelos metódicos tratados neste estudo reservar essa expressão exclusivamente para a técnica de decisão de sopesamento dos bens e interesses em colisão, ou "técnica da ponderação".

<sup>157</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 594.

No primeiro passo, portanto, afere-se a intensidade da intervenção que um direito impõe em face do âmbito de proteção do outro, ou seja, deve ser avaliado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio pela atuação direta do princípio colidente. Para tanto, constrói-se uma escala triádica com as categorias "leve", "moderado" e "sério"<sup>158</sup> que será utilizada para que se possa classificar o grau ou intensidade da intervenção. Assim, por meio de tal escala, afere-se a intensidade da ingerência de um princípio sobre os bens jurídicos previstos no âmbito de proteção do outro princípio. Dessa forma, no caso concreto em que estejam em causa direitos fundamentais a ações negativas do Estado (dimensão negativa), o intérprete irá aferir em que medida (leve, moderada ou séria) as ações, características ou situações, e posições jurídicas que integram o âmbito de proteção do direito sofreram embaraço das ações, afetação das características e situações ou eliminação de posições jurídicas. E, no caso dos direitos fundamentais a ações positivas do Estado (dimensão positiva)<sup>159</sup>, há de ser aferido em que medida (leve, moderada ou séria) as ações estatais, que fomentam a realização do respectivo direito e integram o seu âmbito de proteção, deixaram de ser adotadas ou o foram de forma insuficiente.

Por outras palavras, o que se quer saber nessa etapa de análise é se aquilo que um determinado direito fundamental colidente ou outro bem constitucionalmente protegido permite, proíbe ou obriga representa uma ingerência leve, moderada ou séria naquilo que o direito fundamental colidido permite, proíbe ou obriga. No caso, a pergunta que o intérprete deve formular deve ser: "qual o grau de não satisfação ou de afetação do princípio colidido?". E a resposta deve reportar a uma das alternativas da escala, quais sejam, "leve", "moderado" e "sério".

Uma vez aferido o grau da intervenção, passa-se ao segundo passo, então referente à análise do grau de importância dos fundamentos do princípio contraposto justificadores da intervenção. Nessa etapa, também é adotada a mesma escala triádica "leve", "moderado" e "sério". Contudo, o que se está a aferir agora é a razão da intervenção, o peso que representa para satisfação do princípio colidente. A pergunta a ser formulada pelo intérprete deve ser: "qual o grau de importância da razão da intervenção ou da satisfação do

---

<sup>158</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 595.

<sup>159</sup> No caso, tanto o conceito do que é protegido quanto o conceito de intervenção têm de ser modificados. É o caso dos direitos sociais, pois o que faz parte do âmbito de proteção de tais direitos são as ações estatais que fomentam a realização desse direito. E a intervenção na esfera dos direitos sociais consiste em não agir ou agir de forma insuficiente.. Nesse sentido, Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 77.



princípio colidente?". A resposta, do mesmo modo adotado no primeiro passo, deve ser "leve", "moderado" e "sério".

Com isso, chega-se ao terceiro passo, que é o sopesamento dos bens jurídicos propriamente dito, a revelar o suporte fático do direito fundamental prevalecente que, preenchido, será assim a regra de solução da colisão. Nessa etapa se dará conformidade à lei do sopesamento, segundo a qual "quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá de ser a importância da satisfação do outro". Com efeito, a partir da avaliação realizada nas duas etapas anteriores, o intérprete há de comparar ou sopesar se o grau de importância das razões da intervenção do direito colidente justifica o grau de intervenção no direito colidido. No sopesamento, se o princípio colidente (P1) apresenta razões com grau de importância superior ou igual ao grau de afetação ou não satisfação do princípio colidido (P2), a conclusão será que o princípio colidente terá precedência condicionada sobre o colidido com base nas circunstâncias do caso concreto. Em sentido contrário, se o princípio colidente (P1) apresentar razões com grau de importância menor à intervenção no princípio colidido (P2), a conclusão será a de que o princípio colidido terá precedência sobre o colidente. A comparação deve ser assim formulada: "a ("leve", "moderada" ou "séria") importância das razões da intervenção do princípio colidente (P1) justifica ou não justifica a ("leve", "moderada" e "séria") intervenção sobre o princípio colidido (P2).

A condição de precedência, ou suporte fático da regra que corresponde ao enunciado de precedência, importará em cada caso concreto a proibição, a obrigação ou a permissão de algo (ações, características e situações, posições jurídicas).

Por conseguinte, somente após aferido qual o princípio prevalecente na colisão é que se poderá dizer se houve ou não o preenchimento do suporte fático da norma colidida. Se o princípio prevalecente é o princípio colidente, não haverá inconstitucionalidade na invasão de um direito sobre o âmbito protegido *prima facie* do outro. Nesse caso, esse fenômeno consistirá em restrição constitucional não expressamente prevista, decorrente de uma reserva geral imanente de ponderação<sup>160</sup>. A ingerência do princípio colidente, na

---

<sup>160</sup> Expressão cunhada por Jorge Reis Novais, segundo o qual "será, no fundo, a ponderação dos bens em colisão que determina o resultado da respectiva prevalência, não sendo a valia abstracta de cada um deles que é decisiva, mas sim o peso relativo que apresentam no caso concreto. Logo, não é possível descrever, em abstrato e *a priori*, os limites imanentes, mas antes em reserva geral imanente de ponderação enquanto fundamento constitucional implícito que pode, eventualmente, justificar as restrições assim actuadas", Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.573.

hipótese, nada mais será do que a realização otimizada do direito e consequente revelação do âmbito de garantia efetivo dos respectivos direitos em colisão<sup>161</sup>.

Por outro lado, se prevalecente o princípio colidido, nesse caso tratar-se-á de indevida invasão de um direito sobre o âmbito protegido *prima facie* do outro. Logo, será uma violação, o que resulta reconhecer preenchido o suporte fático da norma violada e autorizada a consequência jurídica a impor a compressão do princípio colidente mediante restrições estatais específicas e proporcionais, preservando-se, todavia, o conteúdo essencial do respectivo direito comprimido.

A fórmula do peso, de sua vez, expressa um refinamento à lei do sopesamento. Segundo ALEXY, a lei do sopesamento é encontrada em diferentes formulações a expressar a essência da ponderação e possui grande importância prática. Entretanto, quando em causa a análise dos princípios formais<sup>162</sup> e da discricionariedade legislativa, a lei do sopesamento vai exigir uma descrição mais precisa e completa de sua estrutura. O melhoramento da lei do sopesamento, então, se dá com a elaboração da fórmula do peso, assim descrita<sup>163</sup>:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Onde:

- a) **W<sub>ij</sub>** representa o peso concreto do princípio P<sub>i</sub> em relação ao princípio colidente P<sub>j</sub>;
- b) **I<sub>i</sub>** representa a intensidade da interferência em P<sub>i</sub>;

<sup>161</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.304.

<sup>162</sup> Como exemplo de princípios formais pode-se destacar os que se referem a procedimentos, como o princípio democrático. Em contraponto aos princípios formais, têm-se os princípios substantivos, que são de conteúdo, como o princípio da privacidade, da preservação da intimidade. Em geral, os princípios formais se aproximam dos denominados comandos para serem otimizados. Cf. SOUSA, Felipe Oliveira de. **O raciocínio jurídico entre princípios e regras**. in Revista de Informação Legislativa. ano 48, número 192, outubro/dezembro, 2011. p. 95-109. p.103 e 108.

<sup>163</sup> ALEXY, Robert. **Princípios Formais**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. In Princípios Formais e outros aspectos da teoria discursiva do Direito. Coordenadores Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

- c) **I<sub>j</sub>** representa a importância do cumprimento do princípio colidente P<sub>j</sub>; também pode ser compreendida como intensidade de interferência em P<sub>j</sub> através da não interferência em P<sub>i</sub>;
- d) **W<sub>i</sub>** e **W<sub>j</sub>** representam os pesos abstratos dos princípios colidentes P<sub>i</sub> e P<sub>j</sub>;
- e) **R<sub>i</sub>** e **R<sub>j</sub>** referem à certeza das suposições empíricas e normativas que dizem respeito, em primeiro lugar e sobretudo, à questão de quão intensa é a interferência em P<sub>i</sub> e quão intensa a interferência em P<sub>j</sub> seria se a interferência em P<sub>i</sub> fosse omitida.

Como observa ALEXY, uma fórmula tal como a do peso, que expressa um quociente de dois produtos, faz sentido apenas se todos os fatores puderem ser representados por números, a denotar ser esse o problema da escala triádica com os valores “leve”, “médio” e “grave” para a intensidade da interferência e para os pesos abstratos.

Nesse compasso, a fórmula do peso atribui valores numéricos para essas variáveis. Para as variáveis relativas às instâncias de peso abstrato (W) e de grau de interferência (I), tem-se a seguinte parametrização: 1 para leve; 2 para moderado; e 4 para sério. De outro lado, para o item de provas disponíveis (R), adota-se outra escala matemática de imputação de valores às variáveis: 1 para evidência confiável; ½ para evidência plausível; e ¼ para evidência não comprovadamente falsa.

Não é o caso de se aprofundar nesse tema, haja vista que, para o objeto de estudo, a análise refinada do peso se revela despendiosa.

Por último, quanto à carga de argumentação, parte-se da compreensão de que, no argumentar, devem ser distribuídos entre os interlocutores do discurso os ônus da fundamentação. Esta tarefa deve ser executada mediante regras específicas e orientadas a esse fim.

De acordo Robert ALEXY, uma primeira regra diz com a distribuição dos encargos de argumentação, então resultante do princípio da universalizabilidade juntamente com a regra da justificação. Trata-se do enunciado que propaga uma presunção em favor da

igualdade, assim delineado: “quem se propõe a tratar a pessoa ‘A’ diferentemente da pessoa ‘B’ é obrigado dar justificação por fazer isso”<sup>164</sup>

Outra regra, elaborada a partir do princípio da inércia de Chaïm PERELMAN e Lucie OLBRECHTS-TYTECA<sup>165</sup>, diz que o interlocutor tem direito de pedir uma razão justificativa quando um orador afirma algo. O Enunciado é assim definido: “quem ataca uma afirmação ou norma que não é sujeito da discussão precisa apresentar uma razão para fazer isso”<sup>166</sup>.

ALEXY também se firma como regra da carga de argumentação que o orador não pode exigir do interlocutor cada vez mais argumentos de forma indefinida, salvo no caso de haver argumentos contrários. Se o interlocutor tiver apresentado uma razão, ele somente será obrigado a apresentar mais outras no caso de haver contrariedade a essa mesma razão. O enunciado é assim estruturado: “quem apresentou um argumento só é obrigado a apresentar outros no caso de surgirem argumentos contrários”<sup>167</sup>.

Por fim, constitui regra de argumentação o enunciado de que não é vedado ao orador expor, sempre que tiver vontade, qualquer número de afirmativas e manifestações sobre suas atitudes, desejos e necessidades. Segundo ALEXY, não é necessário excluir totalmente essas manifestações, pois não é apropriado fazê-lo sob o pretexto de uma exigência de que somente pontos relevantes sejam feitos. Essa questão é um problema exclusivo das partes com o argumento. Mas se o faz, precisará fundamentar a interjeição quando instado. Isto conduz a seguinte regra: “quem introduz uma afirmação ou faz uma manifestação sobre suas atitudes, desejos e necessidades num discurso, que não vale como um argumento em relação a uma manifestação anterior, precisa justificar a interjeição quando lhe pedirem para fazê-lo”<sup>168</sup>.

---

<sup>164</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda, 2001. p. 192.

<sup>165</sup> PERELMAN, Chaïm, e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: A nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 248.

<sup>166</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda, 2001. p. 193.

<sup>167</sup> Ibidem, p. 193.

<sup>168</sup> Ibidem, p. 194.

## 2.5. Os contextos do sopesamento judicial e a "técnica da ponderação"

Dos fundamentos teóricos aqui expostos, resulta dizer que a técnica da ponderação é método de sopesamento judicial para solução de casos particulares de colisão de princípios. É, assim, técnica que vem conferir racionalidade à argumentação jurídica, fazendo ponte entre a lei de colisão e a teoria da argumentação jurídica racional<sup>169</sup>.

Na lição de Riccardo GUASTINI, a ponderação cifra-se num procedimento, numa técnica que estabelece uma hierarquia axiológica móvel entre os princípios em conflito. Por hierarquia axiológica, explica ser uma relação de valor criada pelo juiz constitucional, mediante um juízo de valor comparativo, a atribuir a um dos princípios em conflito um “peso”, um valor, uma “importância” ético-política maior em relação ao outro, o que o faz prevalecer sobre o outro, sem, no entanto, resultar que o princípio sucumbente seja em absoluto derogado ou declarado inválido. Por outro lado, a hierarquia móvel é uma relação de valor instável, mutável, que vale para um caso concreto, mas que poderia ser afastada, e frequentemente pode ser afastada, em um caso concreto distinto<sup>170</sup>.

Contudo, nem todo sopesamento judicial de bens jurídicos se desenvolve sob o que aqui denominamos de “técnica da ponderação”. Há diferença metodológica para diferentes contextos de sopesamento. Se o que se pretende solucionar é uma colisão de princípios, o sopesamento se desenvolve segundo a técnica da ponderação. Se se quer aferir a proporcionalidade da intervenção estatal sobre determinado direito fundamental que teve ou deve ter o seu âmbito de proteção restringido, o sopesamento vai corresponder a uma etapa de um modelo metódico mais abrangente que visa controlar as possibilidades fáticas e jurídicas dos princípios em questão.

Como observa Carlos Bernal PULIDO, uma das deficiências mais notórias na bibliografia que se refere ao tema da ponderação e da proporcionalidade radica na inconsistência terminológica, sobretudo pelo uso permutável e confuso entre tais conceitos<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> ALEX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 173.

<sup>170</sup> GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Traducción de Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014. p. 216.

<sup>171</sup> PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**: El principio de proporcionalidade como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador. 4ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Ebook Terceira parte Item 3.1.2.4

Nesse sentido, não se pode confundir o sopesamento realizado para solução de casos concretos de colisão, que tem por escopo aferir o princípio de maior peso no caso concreto e que, por isso mesmo, terá precedência sobre o outro, com o sopesamento realizado com o propósito exclusivo de aferir a proporcionalidade da intervenção estatal sobre um direito fundamental.

Releva repisar, portanto, que não estando em causa nenhuma intervenção estatal, mas pura e simplesmente uma colisão entre direitos fundamentais, ou entre estes e outros bens constitucionalmente protegidos, a hipótese é de aplicação da técnica da ponderação. Por outra, se o caso referir de algum modo sobre a atuação interventiva do Estado em determinado direito fundamental, já não será hipótese de se aplicar a técnica da ponderação, mas o método de controle da proporcionalidade da medida de intervenção estatal sobre o direito fundamental.

Há, portanto, que diferenciar o controle da proporcionalidade com a técnica da ponderação. A questão da proporcionalidade surge quando uma ponderação de bens já tenha tido lugar, de tal modo que o controle da proporcionalidade pressupõe uma ponderação de bens já realizada<sup>172</sup>. Com percuciente argúcia, Jorge Reis NOVAIS observa que ponderação e proporcionalidade incidem sobre objetos distintos, constituem fases e processos de controle diferentes e produzem resultados autônomos<sup>173</sup>.

Num caso clássico de colisão entre o direito da liberdade de expressão e o direito da personalidade, que porventura resulte num conflito de interesses submetido ao juiz, sem que exista regra específica a ser aplicada, o Judiciário haverá de conferir, mediante a técnica da ponderação, qual dos direitos em causa tem precedência sobre o outro. E uma vez identificado o direito que deve preceder e o que deve ceder, resulta que haverá o Estado juiz de intervir para resolver o conflito de interesses. Se o direito a prevalecer é o que teve o seu âmbito de proteção violado, a consequência esperada será adotar medidas que visem à contenção do direito contraposto. Essas medidas são impostas pelo Estado e como tais comprimem o âmbito protegido do direito colidente. A compressão, todavia, deve ser controlada para se aferir se não viola o conteúdo essencial do direito contido. São controles do excesso ou do *deficit*, como será demonstrado mais adiante neste trabalho.

---

<sup>172</sup> HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn**: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley. Traductor: Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykynson, 2003. p.67.

<sup>173</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 129.

Embora possa parecer despicienda tal distinção, essa compreensão conceitual é elementar e fundamental para a análise e solução dos problemas verificados no âmbito dos direitos fundamentais. E é justamente nesse campo distintivo que ocorrem os maiores e graves equívocos de interpretação e de aplicação da norma constitucional. Com efeito, a depender daquilo que se pretende solucionar ou conferir, há de se lançar mão do modelo metódico apropriado.

Por fim, importa ressaltar que não só o Judiciário realiza sopesamentos entre interesses constitucionais contrapostos. Também o Legislativo e a Administração Pública o fazem no exercício de suas atividades. Muitas das normas constitucionais de direitos fundamentais já são o resultado de sopesamentos realizados pelo legislador constitucional. É exemplo disso a disposição constitucional que proíbe a pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, cruéis<sup>174</sup>, na qual o legislador constituinte, tendo sopesado diferentes fatores, optou pela proibição em uma norma definitiva e absoluta, cuja aplicação pelo intérprete já estará dispensada de qualquer outro sopesamento<sup>175</sup>. Assim o faz ainda o legislador ordinário, quando normatiza determinada conduta como crime passível de privação da liberdade, resultando que está a impor restrição ao direito fundamental de liberdade de ir e vir como resultado do sopesamento com outros bens constitucionais protegidos, tais como a vida, o patrimônio, a liberdade sexual, a personalidade. E do mesmo modo, o administrador público, quando decide construir um hospital em vez de uma praça, decisão esta fruto de sopesamentos dos bens e interesses em jogo.

Numa democracia e em virtude do princípio democrático, é o legislador quem tem por excelência preferência e legitimidade para realizar o sopesamento dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos, o que significa dizer que tem maior margem de escolha, maior liberdade de conformação, ainda que não ilimitada<sup>176</sup>.

Daí que o juiz não deve substituir o legislador. Em termos gerais, o juiz só sopesa se não houver sopesamento realizado pelo legislador. Por essa perspectiva, o sopesamento judicial mediante a técnica da ponderação só terá lugar diante da colisão de direitos fundamentais. No entanto, se houver regras constitucionais a dirimir eventual conflito

---

<sup>174</sup> BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. "Art. 5º, inciso XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;". Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>, acesso em 1.9.2015.

<sup>175</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.577.

<sup>176</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 585.

normativo, estas deverão ser observadas, porquanto constituem o sopesamento já realizado pelo legislador constituinte, com o caráter de intervenção sobre determinados direitos.

Nesse passo, em se tratando de intervenção estatal, a atuação do Poder Judiciário somente se dará para avaliar a constitucionalidade do sopesamento feito por outros órgãos, em geral pelo legislador, contudo com outro método, que será exposto mais adiante neste trabalho.

Nessa medida e com esse sentido, os parâmetros metódicos do sopesamento judicial mediante a técnica da ponderação tanto poderão ser adotados para dirimir o conflito normativo constituído por uma colisão de princípios no caso concreto quanto para conferir a integridade e correção do sopesamento judicial realizado por outro órgão do Poder Judiciário.



### **Capítulo 3 - A METÓDICA DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DA INTERVENÇÃO ESTATAL NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

#### **3.1. A restringibilidade dos direitos fundamentais e as exigências do Estado de Direito para preservação do conteúdo essencial**

Sustenta-se na doutrina que os direitos fundamentais são inalienáveis<sup>177</sup>. Isso significa a inadmissibilidade, à luz da ordem jurídico-constitucional, de qualquer ato de disponibilidade do indivíduo, visando nulificar o próprio direito.

O fundamento da inalienabilidade, para os defensores dessa tese, decorre do valor da dignidade humana, que se traduz na potencialidade do indivíduo enquanto ser autoconsciente e livre, que não pode deixar de ser pessoa nem deixar de ser livre, nem muito menos privar-se de sua dignidade.

Nesse sentido, são inalienáveis tanto o direito à vida ou à integridade física do indivíduo, que delas não pode dispor, quanto o direito às liberdades pessoais, as quais não pode renunciar, tais como a liberdade de expressão, direito de reunião, destacando-se estes só para ficar de exemplo. A inalienabilidade seria então, nas palavras de Antonio Luis MARTINEZ PUJALTE, aquela qualidade de um direito em virtude da qual seu titular não pode realizar sobre ele nenhum tipo de ato de disposição<sup>178</sup>.

Importa assinalar, entretanto, que, apesar desse caráter indisponível, os direitos fundamentais podem ser restringidos. A restringibilidade, no caso, não se liga à indisponibilidade, dado que esta se traduz numa dimensão mais endógena do direito, do direito em si considerado, que não pode ser disponibilizado pelo indivíduo, ao passo que aquela, exógena, equivale à intervenção no conteúdo protegido do direito fundamental visando à prossecução de bens e valores igualmente dignos de proteção pela ordem jurídico-constitucional.

---

<sup>177</sup> Cf. MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. **Los derechos humanos como derechos inalienables**. in Ballesteros, Derechos Humanos, Madrid: Tecnos, 1992. p.87.

<sup>178</sup> No original: “Inalienabilidad sería aquella cualidad de um derecho en virtude de la cual su titular no puede realizar sobre él ningún tipo de actos de disposición”. Cf. MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. **Los derechos humanos como derechos inalienables**. in Ballesteros, Derechos Humanos, Madrid: Tecnos, 1992. p.88.

Assim, é assente no direito constitucional contemporâneo que nenhum direito fundamental é absoluto ou ilimitado<sup>179</sup>. Tal compreensão, contudo, não tem redundado dificuldades teóricas, uma vez que nenhuma ordem jurídico-constitucional pode proteger de modo ilimitado os direitos fundamentais<sup>180</sup> e dado que a necessidade de proteção de outros bens jurídicos revestidos de igual envergadura constitucional pode justificar restrições aos direitos fundamentais<sup>181</sup>.

A questão fica ainda mais evidente diante de um modelo que venha ampliar a extensão do âmbito de proteção e do conceito de intervenção estatal, como é o caso da concepção teórica dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização e, ainda, do suporte fático amplo, referido anteriormente. Quanto mais ampla a definição do suporte fático, tanto maior será o número de casos de colisão entre direitos fundamentais, circunstância que requer a necessária contenção de um deles depois de identificado o princípio que tem precedência nos termos da lei do sopesamento.

Sobre o tema, Jorge MIRANDA discorre que “os direitos fundamentais estão necessariamente sujeitos a limites, ainda que de natureza e grau muito diversos. Não há liberdades absolutas; elas aparecem, pelo menos, limitadas pela necessidade de assegurar as liberdades dos outros. O que varia é, sim, o sentido dos limites”<sup>182</sup>.

Com efeito, diretamente ligado à questão da amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais está o problema da relação entre o direito e seus limites ou restrições, tema que deve ser analisado sob duas perspectivas teóricas que foram desenvolvidas originariamente no âmbito da dogmática do direito privado<sup>183</sup> e adotadas pela dogmática do direito constitucional: a teoria externa e a teoria interna.

Segundo destaca J.J. Gomes CANOTILHO, a teoria interna parte das seguintes premissas: a) os direitos e os respectivos limites são imanentes a qualquer posição

---

<sup>179</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Edições Almedina SA, 2006. p.283.

<sup>180</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.328.

<sup>181</sup> SARMENTO, Daniel. **Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade**. In Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Coordenadores Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2008. pp. 97-143. p. 118.

<sup>182</sup> MIRANDA, Jorge. **Os direitos fundamentais e o terrorismo**: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para outro. In Revista do Tribunal Regional Federal 3ª Região, Vol. 75, jan e fev/2006. Thomson-IOB pp 89-104. p. 91.

<sup>183</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 127.

jurídica; b) o conteúdo definitivo de um direito é, precisamente, o conteúdo que resulta dessa compreensão do direito “nascido” com limite; pelo que; c) o âmbito de proteção de um direito é o âmbito de garantia efetivo desse direito<sup>184</sup>.

Assim, sob a perspectiva da teoria interna, os direitos têm seus limites fixados por meio de um processo interno ao próprio direito, que não é definido nem influenciado por aspectos externos, muito menos por colisões com outros direitos. Seu conteúdo definitivo é definido previamente<sup>185</sup>. Os limites do conteúdo do direito são imanentes, de tal modo que o direito e seus limites compõem um só objeto.

Para essa concepção não há o direito e a restrição enquanto categorias autônomas, mas tão somente um direito com um conteúdo de antemão determinado. Por conseguinte, não há a distinção entre âmbito de proteção e âmbito de proteção efetivo. Este e seus limites passam a constituir um só corpo. O direito é, desde logo, immanentemente limitado na origem. A ideia de restrição é aqui substituída pela de limite<sup>186</sup>, e já não se fala em restrição legítima ao direito.

Segundo Peter HÄBERLE, os direitos fundamentais seguem a teoria interna<sup>187</sup>, o que significa dizer que um direito fundamental já surge com o seu conteúdo determinado por imanentes limites. E por essa quadra, qualquer ingerência ao conteúdo, *a priori* protegido em definitivo, constitui violação do direito fundamental. E tudo o que se encontra no exterior das fronteiras não é submetido a nenhuma proteção jusfundamental.

Assim, só passam a ter relevância constitucional os interesses de liberdade do indivíduo que se mantenham dentro dos limites imanentes essenciais dos direitos fundamentais, inerentes a sua função social e natureza institucional<sup>188</sup>.

Na lógica da teoria interna, portanto, todos os limites são imanentes, quer se tratem dos fixados sob a dimensão de validade do direito fundamental pela Constituição, quer dos infraconstitucionalmente revelados, concretizados ou declarados. Nessa perspectiva, por

---

<sup>184</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Dogmática de direitos fundamentais e direito privado**. In. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. 2ª ed. Rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006. Pp. 341-359. p. 349.

<sup>185</sup> BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p.68.

<sup>186</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade** – estudos de direito constitucional, 4ª ed. Ver e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p.40.

<sup>187</sup> HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn**: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley. Traductor: Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykynson, 2003. p.52.

<sup>188</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente previstas na Constituição**, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2003. p.314.

consequente, os direitos fundamentais não são absolutos, porquanto têm seus limites definidos, implícita ou explicitamente, pela própria constituição<sup>189</sup>.

Dessa forma, a intervenção dos poderes constituídos será legítima quando revelar os limites imanentes dos direitos fundamentais, ou será ilegítima quando restringir o respectivo conteúdo garantido.

Sendo assim, os limites imanentes, que se manifestam como fronteiras implícitas do direito, não se confundem com as restrições consideradas pela teoria externa como desvantagens impostas externamente, dado que o limite do direito é inerente a ele mesmo, imanente, pois.

De modo inverso da teoria interna, que contempla a existência de apenas um objeto, composto pelo direito e seus limites (imanentes), a teoria externa estabelece uma configuração com dois objetos distintos, então consistente no direito em si mesmo considerado e, em apartado dele, as suas eventuais restrições incidentes sobre esse mesmo direito<sup>190</sup>.

Nesse compasso, consoante salienta CANOTILHO, a teoria externa propõe o seguinte esquema: a) os direitos e as restrições são dimensões separadas; b) as restrições são sempre “desvantagens” impostas externamente aos direitos; c) o âmbito de proteção de um direito é mais extenso do que a garantia efetiva, porque aos direitos sem restrições são apostos limites que diminuem o âmbito inicial de proteção<sup>191</sup>.

Por esse modelo, portanto, o direito e a restrição são duas categorias distintas e desprovidas de uma relação necessária entre si. Daí que, à luz da teoria externa, existe um direito não limitado, a princípio, que após a imposição de restrições vem converter-se em um direito limitado<sup>192</sup>.

Há nessa construção teórica, portanto, a não identidade entre o âmbito de proteção do direito fundamental e o seu âmbito de proteção efetivo. O “âmbito de proteção”, o domínio da vida jusfundamentalmente protegido ou conteúdo do direito, é ainda passível de

---

<sup>189</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 131.

<sup>190</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>191</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Dogmática de direitos fundamentais e direito privado**. In. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. 2ª ed. Rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006. Pp. 341-359. p. 349.

<sup>192</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade** – estudos de direito constitucional, 4ª ed. Ver e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p.40.

legítimas ingerências, desde que observados para esse fim os requisitos formais e materiais previstos na constituição.

Na outra ponta, no que se refere ao “âmbito de proteção efetivo”, o que se apresenta é o núcleo de um direito já delimitado e, por isso mesmo, não mais sujeito a quaisquer restrições ou intervenções. Ao passo que no âmbito de proteção do direito fundamental é possível a restrição do direito, quando autorizada por uma reserva de lei ou como decorrente de uma colisão; no âmbito de proteção efetivo nenhuma interferência é admitida.

Sob a lente desse modelo, ao firmar os direitos fundamentais, a constituição vem delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental, mas deixa à disposição dos poderes constituídos uma margem de atuação para que possam intervir sobre ele, mediante as denominadas cláusulas de reserva, tendo por escopo viabilizar a coexistência de direitos e concretizar a harmônica convivência de seus titulares no domínio da vida real.

Para além dessa distinção entre o âmbito de proteção e o âmbito de proteção efetivo do direito fundamental, o modelo assenta ainda uma nítida separação entre conteúdo e limites do direito fundamental. Trata-se da possibilidade de se realizar uma distinção do conteúdo do direito fundamental e as restrições que sobre esse mesmo conteúdo podem incidir. Por essa forma, o conteúdo do direito é primeiramente delimitado a partir da interpretação de seu enunciado normativo constitucional, a revelar as suas fronteiras originárias tais como firmadas na Constituição, para em seguida submeter-se a eventuais intervenções dos poderes constituídos, firmando assim os limites ao direito fundamental originariamente traçado pela norma de direito fundamental.

À vista disso, esse modelo estriba-se na concepção de que existe uma diferenciação entre posição *prima facie* e posição definitiva do direito fundamental<sup>193</sup>. A posição *prima facie* corresponde ao direito que teve revelados os seus limites originários, mas ainda sem as intervenções ou restrições ao seu conteúdo. A posição definitiva equivale ao direito que teve o seu conteúdo restringido, ou seja, já delimitado definitivamente.

Assim pontuado, ao fundar-se esse modelo num dualismo conceptual que estabelece uma distinção entre o direito fundamental e os seus limites, resulta patente que após conhecido o conteúdo de direito fundamental mediante a revelação dos seus contornos

---

<sup>193</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.329.

jurídicos (o âmbito de proteção), denotadores de um direito *prima facie*, é ainda possível a fixação de novos e restritos contornos, a resultar num direito definitivo (âmbito de proteção efetivo), consoante se tratem de direitos fundamentais com ou sem reservas, a justificar intervenções pelos poderes no bem protegido constitucionalmente.

Justamente por essa construção dual, na qual as restrições são colocadas externamente ao conteúdo do direito fundamental, é que se há de reconhecer a existência de um forte entrelaçamento e compatibilidade entre a teoria externa e a teoria dos princípios, tal como formulada por ALEXY<sup>194</sup>.

De acordo com a teoria dos princípios, os direitos fundamentais são geralmente<sup>195</sup> garantidos por uma norma com a estrutura de princípio, que portanto consagra um direito *prima facie*, cujo âmbito de proteção é o mais amplo possível, contudo, que pode ser contido, restringido, frente à necessidade de realização de outros direitos fundamentais ou bens constitucionais protegidos contrapostos. E é por meio da possibilidade de restrição que um direito *prima facie* garantido se coloca um não direito definitivo.

Na linha dessa concepção, portanto, não há lugar para delimitações do âmbito protegido do direito fundamental sem que, necessariamente, se incorra numa restrição. E assim, a intervenção judicial nos direitos fundamentais vem se revelar a um só tempo medida de restrição de um direito e de promoção de outro direito contraposto.

Escudado no que foi exposto, percebe-se que a aplicação de uma das teorias referidas depende do que se concebe como direitos fundamentais. Ao considerá-los como posições jurídicas definitivas, ou seja, enquanto regras, será então aplicável uma concepção restritiva que se traduz na teoria interna. De outro modo, ao serem considerados como posições jurídicas *prima facie*, ou seja, enquanto princípios, segue-se por adotar a teoria externa.

Ao pressupor a existência de apenas um objeto também em uma norma com a estrutura de princípio, ou seja, considerando o direito fundamental com os seus limites

---

<sup>194</sup> Mas há entendimento em parte divergente. Ao tratar das restrições aos direitos fundamentais, Jorge Reis Novais concebe o modelo dos princípios de Alexy como um terceiro modelo ao lado das teorias interna e externa. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente previstas na Constituição**, 1ª Edição, Coimbra: Editora, 2003. p.354.

<sup>195</sup> Embora se deva considerar que nem sempre as normas de direitos fundamentais correspondam a princípios, porquanto haverá casos em que as permissões, proibições ou prescrições se apresentem como regras, conforme observa Luis P.Pereira Coutinho. COUTINHO, Luis P.Pereira. **Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais**. Estudos em homenagem ao prof doutor Sévulo Correia. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora. p.557-574.

imanentes, a teoria interna vem revelar-se, por consequência, permeável à inclusão de aspectos respeitantes a outros bens também dignos de proteção, contudo no mesmo âmbito de proteção daquele direito, circunstância que pode dar ensejo a embaraço de ações, afetações de características e situações e até eliminação de posições jurídicas em diametral oposição ao programa normativo constitucional. Resulta dizer que, se as considerações relativas a outros bens dignos de proteção passam a ser incluídas no próprio âmbito de proteção do direito fundamental, o risco de restrições arbitrárias se eleva significativamente<sup>196</sup>

Daí porque sempre pode ser apresentado um suposto limite imanente do direito fundamental, sob uma alegada generalidade e indeterminação do conceito (*verbi gratia*, ordem pública, interesse da comunidade, lei moral, leis gerais etc.), que se traduz, como assevera Jorge Reis NOVAIS, numa estratégia de ocultação do conflito dos bens em jogo, por negar ou disfarçar a existência de uma restrição, cuja constitucionalidade caberia controlar.<sup>197</sup>

Em contraponto a esse aspecto é que se vê na teoria externa maior aptidão para a reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais, por estabelecer este modelo teórico uma clara separação entre o conteúdo do direito fundamental e as intervenções nele operadas, e ainda uma distinção transparente entre as posições jurídicas *prima facie* (âmbito de proteção) e posições definitivas (âmbito de proteção efetivo).

Mercê disso é que se vislumbra na teoria externa uma concepção que vem oferecer maior vantagem na determinação e compreensão do conteúdo dos direitos fundamentais, quer por separar interesses divergentes relacionados ao direito e às restrições sobre ele incidentes, quer por deixar patente que toda a restrição deve ser justificada por aquele que a evocar.

Com esse modelo, por conseguinte, denota-se não só a possibilidade de se realizar a delimitação do conteúdo do direito fundamental sobre o qual incidirá eventual restrição, como ainda viabiliza a determinação dos diferentes tipos de restrições e as consequências juridicamente relevantes relativas ao respectivo regime aplicável.<sup>198</sup>

---

<sup>196</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.329.

<sup>197</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 82.

<sup>198</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente previstas na Constituição**, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2003. p.263.

Outro aspecto que releva destacar é o que diz respeito sobre a controlabilidade de eventuais intervenções ilegítimas ao conteúdo protegido do direito fundamental. No caso da teoria interna, o controle de constitucionalidade vai se resumir exclusivamente à fase de delimitação do conteúdo protegido dos direitos fundamentais, haja vista que é considerado exercício de direito fundamental somente o que for inequivocamente definido como tal. Tudo o que constituir ingerência ao conteúdo protegido após essa delimitação é necessariamente violação ao direito, e tudo o que estiver fora do âmbito de proteção não constitui problema jurídico de direitos fundamentais<sup>199</sup>. Isso leva, como já visto, à ocultação de intervenções ilegítimas ao conteúdo protegido, a deixar de fora do controle de constitucionalidade. Assim, mais apto, portanto, para o escopo de controle de constitucionalidade das ingerências ao conteúdo protegido é, seguramente, o modelo estruturado pela teoria externa, na medida em que confere maior transparência ao que se considera o direito e o que é a restrição, e em face da qual é realizada a aferição da legitimidade.

Esta é também a conclusão assinalada por CANOTILHO ao dizer que as teorias externa e do suporte fático amplo permitem melhor ajuste aos desafios da inclusividade e da multiculturalidade com que hoje se defronta a justiça constitucional do que as teorias interna e do suporte fático restrito<sup>200</sup>.

Dado que se tenha firmado em que sentido se pode falar das intervenções ao conteúdo dos direitos fundamentais, enquanto “restrições”, porquanto inerente à teoria externa, e não meramente “limitações”, esta própria da teoria interna, é de se perscrutar o que de fato constituem as restrições.

Para ALEXY, restrições a direitos fundamentais são princípios ou regras compatíveis com a Constituição que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental, ou melhor, que restringem a realização de princípios de direito fundamental<sup>201</sup>.

Por terem hierarquia constitucional, os direitos fundamentais somente podem ser restringidos por normas de hierarquia constitucional (restrições diretamente

---

<sup>199</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 102.

<sup>200</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Dogmática de direitos fundamentais e direito privado**. In. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. 2ª ed. Rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006. Pp. 341-359. p. 359.

<sup>201</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 281.



constitucionais) ou por normas infraconstitucionais autorizadas pela Constituição (restrições indiretamente constitucionais)<sup>202</sup>.

As restrições diretamente constitucionais a direitos fundamentais perfazem-se por meio de outras normas de hierarquia constitucional (princípios e regras) que contenham cláusulas restritivas escritas, no mesmo dispositivo do direito fundamental ou em outro dispositivo da Constituição, ou, ainda, por meio de cláusulas restritivas não escritas, resultante de princípios de direitos fundamentais colidentes de terceiros<sup>203</sup>.

Particularmente quanto às restrições sem expressa previsão constitucional, também denominadas de “reserva geral imanente de ponderação”<sup>204</sup>, ponto de especial interesse para este trabalho, é de se notar que têm como razão o contraponto que garante o equilíbrio entre princípio democrático e princípio do Estado de Direito, a conferir proporção e medida ao concomitante reconhecimento da indisponibilidade dos direitos fundamentais, enquanto trunfos contra a maioria, e da necessidade de se admitir a possibilidade de limitação desses mesmos direitos.

Trata-se, pois, do fundamento constitucional implícito que autoriza restrições quando ocorrentes colisões entre bens jurídicos protegidos por direitos fundamentais diversos.

Nesse passo, direitos fundamentais formalmente desprovidos de reservas podem vir a sofrer intervenções em seu âmbito de proteção quando isso se revelar indispensável para a proteção de outros direitos fundamentais. Isso ocorre porque os direitos fundamentais podem ter natureza estrutural de princípios, o que significar dizer que, ao se apresentarem como norma *prima facie*, tendem a ceder em face de outros bens e interesses que, no caso concreto, tenham maior peso, a restringir o direito fundamental, conduzindo-o assim a uma norma definitiva, contudo com um domínio de proteção mais restrito.

Como exemplo desse contexto, é de se destacar a situação relativa ao direito de liberdade de expressão, previsto no art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, o qual, apesar de não sujeito a nenhuma reserva expressa, imediata ou mediata, recorrentemente vem colidir com outros direitos fundamentais, a exemplo do direito à intimidade, à vida

---

<sup>202</sup> Consoante classificação de Alexy. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 286 e ss.

<sup>203</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 286.

<sup>204</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 81.

privada, à honra e à imagem das pessoas, estatuído no art. 5º, inciso X, da mesma Carta e também desprovido de qualquer reserva.

Por outro lado, as restrições indiretamente constitucionais são as que a Constituição autoriza alguém a estabelecer, como nas hipóteses de cláusula de reserva legal expressa (simples ou qualificada) ou implícita. São restrições realizadas mediante lei com fundamento na própria Constituição que autorizam o legislador ordinário a intervir no âmbito protegido dos direitos fundamentais.

Trata-se de reserva legal simples quando o dispositivo constitucional estabelece uma competência para se restringir sem qualquer exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei restritiva. As reservas simples apresentam como traço típico a exigência de que eventual restrição seja prevista em lei, constituindo por essa forma uma competência mais alargada do legislador ordinário.

Diversamente, na reserva legal qualificada, a norma constitucional autoriza que a lei estabeleça restrições, contudo limita desde logo o conteúdo da restrição. A norma constitucional, portanto, vem autorizar a restrição do direito fundamental nos mesmos moldes da restrição simples, desde que observados determinados pressupostos ou objetivos a serem alcançados.

Assim, no caso do art. 5º, inciso LVIII, da Constituição brasileira, “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”, constitui uma reserva legal simples, porquanto o texto constitucional autoriza o legislador a intervir no âmbito de proteção do direito fundamental sem estabelecer qualquer condição a ser observada à espécie.

De outra parte, no caso do art. 5º, XII, da Constituição, no qual é firmado ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, percebe-se que há explícitos requisitos e orientação acerca do objetivo de eventual restrição ao direito fundamental, então representada pela exigência de que o seja “por ordem judicial” e “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Por fim, a reserva legal implícita ocorre sempre que se faz menção a leis ordinárias como forma de restrição<sup>205</sup>.

---

<sup>205</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 291.

Por essa linha de análise, são legítimas as intervenções aos direitos fundamentais realizadas pelo Estado quando se apoia em norma autorizativa presente na Constituição, de forma direta, ou indiretamente por meio de lei com fundamento nela, ou ainda como decorrente da reserva geral imanente de ponderação<sup>206</sup> dos bens em jogo.

Convém salientar que não só uma ação estatal pode ensejar uma intervenção. A omissão de uma prestação jusfundamental devida *prima facie* é, igualmente, uma intervenção no direito fundamental de natureza prestacional, que deve ser justificada constitucionalmente<sup>207</sup>.

A restrição, por conseguinte, enquanto ação ou omissão dos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), incide sobre o âmbito de proteção da norma de direito fundamental, dando origem a uma delimitação do conteúdo do direito fundamental, que se revela como o âmbito de proteção efetivo de uma nova norma de direito fundamental decorrente.

Deflui daí concluir que a intervenção num direito fundamental pode ser lícita ou ilícita. A intervenção é lícita quando firmada em fundamento constitucional, o que se traduz em restrição constitucionalmente autorizada às posições jurídicas *prima facie* previstas no conteúdo protegido pela norma de direito fundamental. Por outro lado, serão sempre ilícitas, a constituir violação a direito fundamental, as ingerências ao conteúdo protegido que não se possam fundar nas autorizações constitucionais de restrição por uma qualquer reserva. A violação é, por conseguinte, uma intervenção injustificável sob a ótica do direito constitucional.

Embora possa, à vista do que se expôs até aqui, ficar subentendido que todas as normas editadas pelo legislador ordinário tenham caráter restritivo, releva observar que nem toda intervenção normativa legítima ao conteúdo protegido do direito fundamental pode ser considerada uma restrição<sup>208</sup>.

A questão é que nem sempre é possível ao titular do direito fundamental exercê-lo tal como consagrado no texto constitucional, sem que antes seja complementado o preceito constitucional garantidor do respectivo direito.

---

<sup>206</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 81.

<sup>207</sup> BOROWSKI, Martin. **La restricción de los derechos fundamentales**. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm. 59. Mayo-Agosto 2000. p.56.

<sup>208</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 332.

Assim, diante da vagueza, abstração ou incompletude do conteúdo protegido jusfundamentalmente é que muitas normas infraconstitucionais se propõem a densificá-lo, fato que lhes confere o caráter de “normas legais conformadoras”, que em nada se confundem com as “normas legais restritivas”, estas as que restringem posições *prima facie* incluídas no domínio protegido dos direitos fundamentais<sup>209</sup>.

Sob esse enfoque, a conformação do direito fundamental sempre deixará intacto o seu âmbito de proteção, sem restringi-lo de qualquer modo. Na espécie, não há interesse estatal algum em impedir o exercício de uma conduta abrangida pelo âmbito de proteção. Ao invés disso, a conformação propõe viabilizar possibilidades de conduta para que o titular do direito possa exercê-lo plenamente<sup>210</sup>.

Cabe aqui, no entanto, observar que a necessidade de intervenção conformadora do legislador ordinário não se verifica em todo e qualquer direito fundamental, mas tão somente naqueles que tenham o âmbito de proteção marcado pelo direito ou pelas normas<sup>211</sup>. Isso significa dizer que a conformação é indispensável nos casos em que o titular do direito estará em condições de exercer o direito somente por meio da ordem jurídica e não mais pela sua só natureza social.

Como exemplo do que se está aqui a dizer, considere-se o direito fundamental de propriedade em contraponto com os direitos de reunião e de liberdade e manifestação do pensamento. Ora, o exercício da liberdade de reunir e externar ideias e opiniões independe de qualquer atuação estatal. É ato natural que decorre da só ação do indivíduo.

De outro giro, no caso do direito fundamental de propriedade, só a partir da mediação legislativa a regular a aquisição da propriedade a partir de quaisquer bens é que se torna possível o exercício do direito referido.

ALEXY propõe, como critério de distinção entre a norma restritiva e a norma não restritiva, o questionamento quanto à necessidade (caso real de direitos

---

<sup>209</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997. p.1263.

<sup>210</sup> PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book., Primeira Parte, § 6º, II, 2, item 225.

<sup>211</sup> Mas há entendimento no sentido de que também nos âmbitos de proteção não marcados pelo direito, que não carecem de conformação, a ordem jurídica pode naturalmente facilitar e apoiar o exercício dos direitos fundamentais. Cf. PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP). e-book., Primeira Parte, § 6º, II, 2, item 231.

fundamentais) ou simplesmente possibilidade (caso potencial) de um sopesamento orientado pela regra da proporcionalidade. Se a não inibição da realização de um princípio de direito fundamental pressupõe o controle da proporcionalidade, o caso é de restrição. *A contrario sensu*, não será restrição<sup>212</sup>.

Em suma, do que se expôs, em regra os direitos fundamentais são restringíveis. E tal intervenção, ou melhor, restrição, incide legitimamente sobre o conteúdo jusfundamentalmente protegido, desde que expressamente autorizada pela Constituição ou por circunstâncias concretas que justificam, à luz do programa normativo constitucional, a preponderância de outros valores e bens igualmente dignos de proteção.

### **3.2. O controle da intervenção estatal nos direitos fundamentais fundados em normas-princípio como uma tarefa a cargo do juiz, desenvolvida mediante a "regra da proporcionalidade"**

Como visto anteriormente, os direitos fundamentais são restringíveis direta ou indiretamente pela Constituição. As restrições diretamente constitucionais decorrem de normas expressas da Constituição ou da colisão de princípios de direitos fundamentais. As restrições indiretamente constitucionais, por seu turno, são as realizadas por meio de norma infraconstitucional autorizada pela Constituição<sup>213</sup>.

Sabe-se que a restrição de um direito fundamental é um aspecto posterior a um sopesamento de bens jurídicos em colisão. Qualquer norma restritiva é, por outras palavras, a conformação de um direito prevalecente numa colisão. Quando o legislador constituinte levou a efeito uma restrição diretamente no corpo da Constituição, assim o fez como uma escolha decorrente de um sopesamento de bens jurídicos colidentes. Cite-se como exemplo a norma que estatua a liberdade plena de associação para fins lícitos, salvo a que tenha caráter paramilitar<sup>214</sup>. No caso normativo mencionado, a disposição constitucional deixa claro que o legislador constituinte, ao realizar o sopesamento entre a liberdade geral de se associar e a proteção de outros bens jurídicos tais como a vida, o patrimônio, a segurança da

---

<sup>212</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 339.

<sup>213</sup> Há de se considerar aqui também a autorização implícita de restrição, mesmo quando a Constituição não sinaliza expressamente que deverá ser feito por lei ordinária, como é o caso de ponderações e restrições feitas pelo legislador ordinário ao instituir tipos penais, a restringir a liberdade de locomoção para promoção de outros bens jurídicos igualmente protegidos pela ordem jurídico-constitucional.

<sup>214</sup> BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. "Art. 5º, inciso XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;". Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>, acesso em 1.9.2015.

comunidade, a ordem pública, frente a atuação temerosa de grupos armados particulares, reconheceu a precedência desses bens constitucionais em face da liberdade associativa, a impor-lhe, de plano na Constituição, a medida restritiva, que se traduz numa proibição de associar-se nestas condições. A consequência jurídica daí decorrente será a não proteção constitucional de eventual conduta que se constitua numa associação com fins paramilitares, pelo que cabível o embaraço das ações pertinentes.

Também o legislador ordinário quando legisla a restringir um direito fundamental com autorização da Constituição, fá-lo após o sopesamento dos bens em colisão. Como exemplo, traz-se a lume a norma penal que tipifica a conduta do homicídio<sup>215</sup>. Na hipótese, o legislador ordinário, ao sopesar de um lado a liberdade geral de ação de um indivíduo e, de outro, o direito à vida, concluiu pela precedência deste direito frente à liberdade, pelo que estatui uma regra que expressa a consequência jurídica relativa à restrição da liberdade de locomoção por tempo certo.

Do mesmo modo há de proceder o juiz quando resolve um conflito de interesses marcado por uma colisão de princípios. Primeiro realiza o sopesamento dos bens em conflito, adotando a "técnica da ponderação", para em seguida intervir ou não sobre direito que há de ceder, instituindo uma regra na decisão judicial que há de expressar a consequência jurídica do princípio que tem a precedência, segundo a lei da colisão.

Como pontuado alhures, na fase de sopesamento dos bens jurídicos em colisão, é o legislador quem tem a maior liberdade de conformação dos direitos<sup>216</sup>. É papel do legislador fazer escolhas políticas que, uma vez reveladas como regras, devem ser observadas e não mais sujeitas a nenhum juízo de ponderação.

Destarte, uma vez identificada a norma como sendo uma regra, ao juiz cabe apenas aplicá-la e já não pode realizar sopesamentos, salvo excepcionalíssimo caso de superação da regra infraconstitucional pelo fato de um princípio constitucional não gerar razões para se declarar a invalidade da regra, mas apenas para se introduzir uma exceção em sua hipótese de incidência, por se reconhecer que a sua aplicação no caso em concreto leva a uma inconstitucionalidade<sup>217</sup>.

---

<sup>215</sup> BRASIL. Código Penal brasileiro. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. "Homicídio Simples Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos." Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>, acesso em 1.9.2015.

<sup>216</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Editora Almedina, 2006. p.122.

<sup>217</sup> Trata-se de excepcional e genuíno caso de decisão *contra legem*, baseado na admissão da superabilidade da regra jurídica infraconstitucional ante a ponderação entre um princípio constitucional (P1) e o princípio

De fato, não se pode olvidar que normas gerais isoladas não alcançam toda a complexidade da vida. Nesse sentido, como salienta Menelick de CARVALHO NETO, princípios contrários densificados em regras transmitem a tensão originária entre eles a todo o ordenamento, o qual não se fecha aos eventos da vida cotidiana, como uma realidade perfeita em si mesma, de modo a requerer a concretude e a individualidade dos eventos da vida para a configuração normativa adequada a reger aquela situação determinada, sempre específica e datada<sup>218</sup>.

Para além de uma interpretação conforme<sup>219</sup>, há, ainda, outra hipótese em que o juiz não é obrigado a observar a ponderação realizada pelo legislador. É o que ocorre quando a regra, mesmo em tese, é inconstitucional. Isto acontece quando o legislador infraconstitucional ponderou de forma manifestamente equivocada, dando maior peso a um princípio que, mesmo em tese, não comportaria preponderância naquelas condições. Assim, respeitadas as capacidades institucionais, é possível ao juiz, na hipótese, avaliar a correção da ponderação de princípios procedida pelo legislador ordinário, podendo, em caso de flagrante equívoco, declarar o dispositivo inconstitucional.

Seja como for, o sopesamento dos bens jurídicos é sempre uma fase antecedente<sup>220</sup> à constituição da regra de restrição do direito prevalecente, quer realizado pelo Legislativo e pela Administração Pública, de uma maneira geral e abstrata, quer pelo Judiciário, de forma individual e concreta.

Mas é de se indagar até onde a intervenção estatal pode prosseguir sem que se transmute numa violação ao direito que houve de ceder ao direito contraposto. Saber até

---

constitucional (P2) que se esconde por detrás da regra infraconstitucional. É a situação em que o princípio constitucional (P1) não gera razões para se declarar a invalidade da regra (R), mas apenas introduzir uma exceção em sua hipótese de incidência. "Se toda regra é o resultado de uma ponderação de princípios e por consequência traz consigo um princípio que a fundamenta e constitui a sua *ratio* ou razão de ser, então não é razoável aplicar essa regra quando se puder concluir de forma segura que essa razão de ser não teria prioridade no caso concreto se este tivesse sido previsto, tendo em vista certas particularidades que não foram e não puderam ser antecipadamente conhecidas pelo legislador. Uma decisão *contra legem* pode ser justificada quando se puder estabelecer que embora uma regra R não seja inconstitucional, a sua aplicação no caso concreto leva a uma inconstitucionalidade". Cf. BUSTAMANTE, Thomas de Rosa. **Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem***. Direito, Estado e Sociedade nº 37. Jul/dez 2010; p. 152 a 180. p.173.

<sup>218</sup> CARVALHO NETO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais**. In. Jurisdição Constitucional e os direitos fundamentais. Coordenação José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.157

<sup>219</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, história e método de trabalho**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012. edição digital. Capítulo 10.6.6.

<sup>220</sup> HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley**. Traductor: Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykynson, 2003. p.67.

que ponto determinada medida interventiva resulte proporcional ou desproporcional é, nesse compasso, o que há de se aferir para que se considere constitucional ou inconstitucional a intervenção estatal.

Como se verá adiante, mesmo a intervenção estatal está sujeita a limites. Assim considerado, a pretexto de promover determinado direito, que teve precedência a partir de um sopesamento realizado com outros bens de igual proteção constitucional, não pode o legislador ordinário, o administrador e, até mesmo o juiz quando soluciona colisões de direitos no caso concreto, nulificar o direito que há de ceder.

Contudo, a considerar que ao Poder Judiciário compete exercer o controle da constitucionalidade dos atos normativos, a questão que se põe diante desse contexto é saber como o juiz afere se a intervenção estatal emanada de um dos três poderes se mantém como uma restrição ou extrapola para uma violação do âmbito protegido do direito fundamental. Por outras palavras, a ter em conta que uma intervenção estatal só é considerada uma restrição, e não uma violação, se justificada constitucionalmente, ou seja, se encontrar respaldo na Constituição, força indagar como tal aferição há de se desenvolver sem que o juiz incorra em subjetivismo, casuísmo ou decisionismo.

A pressupor que os princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fácticas, que se realizam até o ponto ótimo em que suas razões justificam a não satisfação, o não direito, de princípios contrapostos, decorre logicamente que o controle da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais também deva se desenvolver em um contexto de sopesamentos.

Nesse compasso, em se considerando que não existem direitos absolutos, o que significa dizer que cada direito fundamental se depara com a possibilidade de ser limitado, a questão que interessa saber é como, de que maneira e com quais requisitos se podem restringir os direitos.

Sobre o tema, Miguel CARBONELL aduz que, para tal finalidade, a máxima da proporcionalidade vem se apresentar como a técnica mais conhecida e recorrente, cujo objetivo é tutelar os direitos fundamentais da melhor maneira, expandindo tanto quanto seja possível seu âmbito de proteção, mas fazendo com que todos os direitos sejam



compatíveis entre si, na medida do que seja possível. Daí por que constitui ainda uma barreira frente às intromissões indevidas no âmbito de proteção dos próprios direitos<sup>221</sup>.

Implica dizer, portanto, que as intervenções estatais sobre direitos fundamentais, quer ações ou omissões, submetem-se a um crivo de proporcionalidade, que tem por escopo obstar que tais restrições excedam os limites do adequado, necessário e proporcional para a prossecução das finalidades constitucionais da medida estatal.

Essa é a razão porque a máxima da proporcionalidade é classificada como um limite às limitações aos direitos fundamentais<sup>222</sup>.

A observar esse aspecto, Robert ALEXYY anota existir uma estreita conexão entre a teoria dos princípios e máxima da proporcionalidade, de tal modo que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade e essa implica aquela<sup>223</sup>.

Por conseguinte, o controle a ser realizado pelo juiz deve se orientar por uma análise racional e objetiva que permita aferir se determinada medida estatal destinada a promover um interesse coletivo ou mesmo um direito fundamental constitui proporcional intervenção sobre outro direito fundamental.

Embora possa parecer que tal análise parta de uma concepção meramente intuitiva da ideia de proporção, de uma simples relação entre coisas, o controle da proporcionalidade da intervenção estatal, em verdade, é um instrumento metódico aprimorado, estruturado em três subcritérios de análise, consoante se verá adiante.

No ponto, uma observação preliminar há de ser feita para maior clareza conceitual deste trabalho. Trata-se da questão terminológica sobre os termos frequentemente adotados pela doutrina para referir sobre o método de controle da proporcionalidade da medida estatal de intervenção. Com maior frequência, a doutrina o tem designado como "princípio da proporcionalidade"<sup>224</sup>. Contudo, outras designações têm sido conferidas por

---

<sup>221</sup> CARBONELL, Miguel. **Nuevas formas de proteger los derechos fundamentales**. El principio de proporcionalidade y protección de los derechos fundamentales. México: Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes. 2008. p.8.

<sup>222</sup> PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales**. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. E-book. Capítulo quinto, item 2.

<sup>223</sup> ALEXYY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 116.

<sup>224</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. p. 396; MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade** – estudos de direito constitucional, 4ª ed. Ver e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p.64; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional**: Teoria, história e método de trabalho. Belo Horizonte:

alguns autores, como "máxima da proporcionalidade"<sup>225</sup>, "postulado da proporcionalidade"<sup>226</sup> e "regra da proporcionalidade"<sup>227</sup>, sobretudo decorrentes de dissensão quanto à natureza jurídica da norma da proporcionalidade.

Não é o caso de se aprofundar nesse tema. Contudo, impende notar que a expressão "princípio da proporcionalidade" não tem a mesma acepção de "princípio", tal como delineada na classificação feita por Robert ALEXY. Na lição de ALEXY, já anteriormente exposta, as normas jurídicas se dividem em regras e princípios, duas categorias distintas baseadas em critérios de estrutura e forma de aplicação. Por essa distinção, os princípios expressam deveres *prima facie*, cuja aplicação depende de sopesamentos, e as regras, deveres definitivos, aplicadas por meio de subsunção. E nesse contexto, regras são comandos categóricos de dever ser, e princípios são mandamentos de otimização, são "normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes"<sup>228</sup>.

Com efeito, a partir dessa concepção, o método de controle da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio<sup>229</sup>, na medida em que a sua aplicação não se desenvolve em variadas medidas, mas de modo integral, tal como uma regra.

Nesse sentido observa ALEXY, ao discorrer que a proporcionalidade, a qual denomina de "máxima da proporcionalidade", não se trata de princípio no sentido descrito em sua teoria dos princípios, dado que a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo, não se podendo dizer que elas às vezes tenham

---

Fórum. 2012. edição digital. Capítulo 11. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997. p. 1.297.

<sup>225</sup> Assim referido por Robert Alexy. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 116.

<sup>226</sup> Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 247; NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**, 6ª ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012. p.445; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª ed. ampl e atual. São Paulo: Malheiros Editores. 2007. p.160.

<sup>227</sup> Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 46

<sup>228</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.90.

<sup>229</sup> Em sentido contrário, Daniel Sarmento entende que "a proporcionalidade representa autêntico princípio. Primeiramente, porque a sua incidência deve ser calibrada em razão da tensão com outros princípios constitucionais, como a democracia e a separação de poderes. É isso que justifica que, em determinadas hipóteses, se recomenda ao Judiciário uma postura de autocontenção na aplicação da proporcionalidade, em favor das decisões adotadas por outros órgãos estatais. Portanto, não há aplicação da proporcionalidade de acordo com a lógica do 'tudo ou nada'". Cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, história e método de trabalho**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012. edição digital. Capítulo 11. 11.1.

precedência, e às vezes não. No seu entender, ALEXY assere que o que se investiga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade, razão por que conclui tratarem-se de regras e não de princípios os sub-elementos da proporcionalidade <sup>230</sup>.

Por uma perspectiva diferente, diverge Humberto Bergmann ÁVILA, em específico estudo sobre o tema, no qual designa o método de controle da proporcionalidade como "postulado da proporcionalidade". Referido jurista propõe um contexto de classificação em que considera as regras e princípios como normas objeto de aplicação, ao passo que os postulados, como normas que orientam a aplicação de outras normas, ou seja, metanormas. E os diferencia, ainda, por não possuírem os mesmos destinatários, uma vez que os princípios e regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e os contribuintes, enquanto os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. Bem assim porque não se relacionam da mesma forma com outras normas, pois os princípios e regras implicam-se reciprocamente e os postulados, por se encontrarem num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas <sup>231</sup>.

ÁVILA concorda com Alexy quanto ao fato de a proporcionalidade não consistir num princípio ou norma-princípio. Todavia, não a considera uma regra. E o faz por entender que o "dever de proporcionalidade", termo este adotado pelo jurista brasileiro, seria em verdade um "postulado", haja vista que estabelece uma condição formal ou estrutural de aplicação de outras normas, não como algo que, sem ela, a aplicação do Direito seria impossível, mas como uma condição normativa, instituída pelo próprio Direito para a sua devida aplicação. Daí que a não observância do dever de proporcionalidade impediria a integral realização dos bens juridicamente resguardados <sup>232</sup>.

Conquanto razoável, referida classificação não é imune a críticas. É o que expõe Virgílio Afonso da SILVA, ao dizer que, se a proporcionalidade é um dever, logo é de se concluir ser uma norma e, sendo assim, ou ela é uma regra ou um princípio à luz da clássica divisão das normas <sup>233</sup>. Para SILVA, conquanto a proporcionalidade não seja, realmente, uma regra de conduta, mas uma regra acerca da aplicação de outras regras, não há

---

<sup>230</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.117.

<sup>231</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann, **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 122.

<sup>232</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann, **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Ano I, Vol I, nº 4, julho de 2001, Salvador, p. 25.

<sup>233</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, 798, 2002. p. 25.

razão de ser considerá-la como postulado normativo aplicativo, uma vez que se trata de um tipo especial de regra, assim como o são as regras de resolução de antinomias (lei posterior derroga lei anterior; lei superior derroga lei inferior; e lei especial derroga lei geral), estas que também tratam sobre aplicações de outras regras<sup>234</sup>, motivo por que assenta mais apropriado o termo "regra da proporcionalidade", a ressaltar que é de se ter em mente que também esses postulados têm a estrutura de regra.

Do âmbito dessa divergência doutrinária, se princípio, postulado ou se regra, uma conclusão verte sobremodo evidenciada: a proporcionalidade não é um princípio. Para além disso, deixa entrever um caráter de uma regra especial, ou de uma regra de segundo nível, de uma meta-regra<sup>235</sup>.

Nesse compasso, sem a pretensão de afirmar ou negar a correção da nomenclatura atinente ao tema, dado que não é este o objetivo deste trabalho, contudo a ter em mente a maior clareza conceitual nesta pesquisa, serão adotados os termos "máxima da proporcionalidade" e "regra da proporcionalidade" para referir especificamente sobre a metódica de controle judicial da proporcionalidade da intervenção estatal, a ser descrita nos próximos tópicos.

### **3.3. A "regra da proporcionalidade" como instrumento de justificação interna da argumentação jurídica.**

De modo geral, os direitos fundamentais têm a natureza de princípios e tendem a colidir. Isso é assim em razão da maior amplitude do âmbito de regulação de cada direito que faz surgir espaços de intersecção, de sobreposição, a impor desvantagem ao titular do direito colidido pelo titular do direito colidente. Nessa hipótese, a solução do conflito normativo se dá mediante o sopesamento dos bens e interesses em jogo, segundo a técnica da ponderação, descrita anteriormente.

Fenômeno semelhante ocorre quanto o legislador atua com o intuito de promover um direito fundamental ou um interesse da comunidade, em detrimento de um ou de outros direitos fundamentais. O estabelecimento de regras de aplicabilidade imediata, direta e definitiva no próprio texto constitucional, a dispor sobre direitos fundamentais, já é,

---

<sup>234</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 168.

<sup>235</sup> Ibidem, p. 169.

por consequência, o resultado de sopesamentos entre bens e interesses potencialmente conflitantes efetuados pelo legislador<sup>236</sup>. Quando, por exemplo, o Estado edita uma norma que limita a venda de fármacos mediante receita médica que deve ser retida pelo farmacêutico, interferindo diretamente na liberdade econômica ou de iniciativa, assim o faz com o fito de promover um interesse coletivo, tal como a saúde pública, fundado em razões que consideram os medicamentos produtos de consumo incomuns, que apresentam riscos à saúde e à vida das pessoas e, portanto, necessitam de maior controle público quanto à certificação, distribuição e comercialização.

Daí porque tanto a solução judicial para a colisão de direitos em um caso concreto de conflito de interesses quanto a decisão legislativa que dá ensejo a uma nova regra a intervir em direitos fundamentais a pretexto de promover outros bens e interesses igualmente protegidos pela Constituição são essencialmente sopesamentos entre os interesses em conflito. É válido afirmar, portanto, que toda regra é resultado de um sopesamento de princípios levada a efeito pelo ente que lhe deu origem, detendo o legislador, à luz do princípio democrático, a primazia na utilização deste método de colmatação normativa<sup>237</sup>.

Sendo assim, sob a perspectiva da colisão dos bens e interesses em jogo, o ponto de acerto da questão vai depender da identificação do princípio que tem precedência em face de outro sob determinadas condições, o que se dá, como já exposto, mediante sopesamentos a evidenciar o princípio com maior peso.

Em termos gerais, esse é o mecanismo de definição de qual princípio deve preceder ou ceder. Mas a tão só identificação de qual princípio tenha precedência no caso concreto não é o bastante para se conferir efetividade ao direito ou outro interesse coletivo que se propõe promover. Na maioria das vezes, para que se promova um direito, faz-se necessário conter outro que com ele se contrapõe. Nesse caso, a compatibilização dos bens em tensão vai depender de uma avaliação, valoração e sopesamento do peso relativo que apresentam no caso concreto, uma vez que a contenção ou compressão de um direito não pode ser intuitiva, sendo certo que deva guardar proporcionalidade entre a realização do fim constitucional pretendido e o sacrifício imposto. Em outros termos, se a realização de um direito ou interesse coletivo implica, geralmente, a restrição de um ou de outros direitos fundamentais, e sendo certo que os bens em colisão tenham um peso relativo, aferível em

---

<sup>236</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente previstas na Constituição**, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2003. p.577.

<sup>237</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, história e método de trabalho**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012. edição digital. Capítulo 12.5.2.

cada caso concreto, logo pertinente que a medida da intervenção estatal se dê sob o prisma da proporcionalidade.

No ponto, cumpre notar que a proporcionalidade da intervenção estatal deve ser sindicada como medida de garantir a integridade do conteúdo essencial do direito precedido e não se confunde com a ponderação judicial que levou à definição do direito prevalecente numa colisão, então verificada em um caso concreto, nem com a ponderação legislativa, realizada pelo legislador no âmbito de sua liberdade de conformação, que reputou um direito ou outros interesses coletivos como prevalecentes dentro de um contexto de tensão social abstratamente considerado.

Se o que está em causa são as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro, então é caso de análise da correção do sopesamento realizado, o que pode ser feito mediante os parâmetros da "técnica da ponderação", esta baseada no teorema da colisão. Por outro ângulo, se o que está em questão é a intensidade de uma medida estatal interventiva sobre um direito fundamental, o caso é de exame da proporcionalidade, a ser feito mediante a "regra da proporcionalidade".

Em suma, se há uma ponderação já realizada pelo juiz e se tal sopesamento não foi posto em xeque ou não se encontra especificamente sob análise, o passo seguinte da atuação judicial, sob a ótica do controle da constitucionalidade da restrição, há de se resumir à aferição da intensidade da intervenção estatal sobre o direito contraposto.

É, portanto, sobre o ato estatal emanado do poder legislativo, do executivo ou do judiciário, eventualmente interventivo sobre o âmbito de regulação de um direito fundamental, que será exercido o controle estruturado na regra da proporcionalidade.

Convém destacar, contudo, um aspecto importante quando a questão referir sobre colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, que seja submetida ao juiz ordinário. Se a colisão de direitos ocorre no seio de um conflito concreto de interesses, então resultante do exercício de um suposto direito (*prima facie*) por seu titular a afetar desvantajosamente o direito de outrem, o papel do juiz (estado) resulta, em primeira mão, por solucionar o conflito normativo, mediante a técnica da ponderação, a identificar qual é efetivamente o direito prevalecente, se o colidente ou o que sofreu a colisão. Na hipótese, somente a partir de então, após o crivo da ponderação, dois caminhos se afiguram possíveis: a) no primeiro, se verificada a precedência do direito colidente, nada mais há que ser feito, dado que legítimo o exercício do direito por seu titular; b) no segundo, uma vez constatado

que o direito afetado pela colisão é o que deve preceder, resulta reconhecer a violação desse mesmo direito, pelo que deverá o juiz (estado) atuar impondo medidas estatais que visem à promoção do direito colidido, comprimindo o direito colidente, consequentemente. Mas não são quaisquer medidas a adotar. O juiz somente poderá aplicar como medidas as que o interessado tenha postulado na demanda judicial, haja vista os limites objetivos da lide. Nesse espaço de atuação, a decisão do juiz deve se conduzir nos limites da proporcionalidade da medida judicial interventiva.

Evidencia-se, dessa forma, que a regra da proporcionalidade é ao mesmo tempo instrumento de aplicação do direito fundamental precedente numa colisão e instrumento de controle da medida de intervenção no direito que deve ceder frente a outros direitos fundamentais ou bens e interesses coletivos.

É fundamental observar que o controle de proporcionalidade não é tarefa a cargo de todos os poderes, mas exclusiva do poder judiciário. Saber quando uma conduta estatal enseja inconstitucional ingerência sobre um direito fundamental é, por excelência, um trabalho do juiz, que deve ser realizado tanto com observância de uma justificação interna, relacionada à questão formal de raciocínio da decisão, notadamente se esta decorre logicamente das premissas aduzidas para justificá-la, quanto de uma justificação externa, que diz respeito à correção material dessas mesmas premissas<sup>238</sup>.

No ponto, é especificamente no plano da justificação interna que a regra da proporcionalidade tem o seu espaço de atuação. Por essa linha de intelecção, a regra da proporcionalidade, enquanto instrumento de argumentação jurídica e de controle da ingerência estatal sobre direitos fundamentais, possui como principais funções: "i) revelar as premissas que foram utilizadas, em cada caso concreto, para justificar as decisões sobre a interferência/restrrição e a importância da satisfação dos princípios jurídicos; ii) estabelecer a relação entre essas premissas e a conclusão, na aplicação dos princípios; e iii) constituir um critério para medir a possibilidade de interferência/restrrição desses mesmos princípios, com a finalidade de verificar a correção dos enunciados de justificação da decisão"<sup>239</sup>.

Dito de outra forma, o modelo de argumentação proposto pela regra da proporcionalidade, tem por escopo evidenciar as premissas que foram utilizadas para justificar a intervenção estatal no caso concreto, assim como a relação entre essas premissas e a

---

<sup>238</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda, 2001. p. 218.

<sup>239</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Direito e decisão racional**: Temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 98.

conclusão, a tornar claro quais têm de ser externamente justificadas, assim como constituir um critério de conferência da intensidade da ingerência estatal sobre os direitos fundamentais, a permitir a possibilidade de reconhecer erros e de criticá-los<sup>240</sup>, e, assim, ao fim e ao cabo, conter o arbítrio estatal, em favor da proteção dos direitos do cidadão<sup>241</sup>.

Nesse sentido, em revista ao que foi exposto até aqui, resulta dizer que a proporcionalidade da medida estatal interventiva pode ser avaliada, valorada e sopesada, segundo a regra da proporcionalidade, mediante a qual se poderá concluir constitucional ou não uma intervenção imposta a determinado direito fundamental.

Sob essa linha de análise, tanto o ato do juiz ao decidir um caso concreto, quanto o do legislador que edita uma lei ou, ainda, do administrador que imponha uma medida de gestão, são sindicáveis sob a lente da regra da proporcionalidade.

### **3.4. A estrutura e o funcionamento da "regra da proporcionalidade" como critério de controle judicial da intervenção estatal sobre os direitos fundamentais.**

Para que o juiz possa syndicar se o ato de ingerência estatal é proporcional ou desproporcional e, conseqüentemente concluir constitucional ou inconstitucional, denota-se crucial que compreenda como é constituída e como funciona a engrenagem do modelo de controle da intervenção estatal fundado na regra da proporcionalidade.

Enquanto critério para o controle de constitucionalidade dos atos estatais interventivos sobre os direitos fundamentais, a "regra da proporcionalidade" surgiu como uma construção da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, no Pós-Segunda Guerra Mundial, e foi rapidamente admitida pela doutrina constitucional alemã a partir da década de cinquenta<sup>242</sup>. Inspirado no conceito de proporcionalidade do direito administrativo germânico do século XIX, que tinha como foco o controle do exercício do poder de polícia<sup>243</sup>, foi posteriormente transplantado para o direito constitucional daquele país como uma reação à crise do legalismo jurídico e preocupação com a proteção dos direitos fundamentais frente aos

---

<sup>240</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda, 2001. p. 224.

<sup>241</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses da Constituição Federal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2003. p. 77.

<sup>242</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Princípio da proporcionalidade e devido processo legal**. in *Interpretação Constitucional*, org. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 1ª ed., 2ª tiragem, p. 258/259.

<sup>243</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales**. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 44.



possíveis abusos do legislador nazista<sup>244</sup>. De consequência, sob a influência do direito alemão, a "regra da proporcionalidade" foi gradualmente sendo acolhida em sede constitucional por vários outros países da Europa, inclusive na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos<sup>245</sup>, assim como em países da América Latina, dentre eles o Brasil<sup>246</sup>.

Na origem, a jurisprudência constitucional germânica resultou por desenvolver e consolidar uma bem elaborada formulação teórica com uma estrutura de controle em três níveis, sendo eles a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito<sup>247</sup>. No mesmo caminho, tem trilhado a corrente majoritária da doutrina, ao considerar a estrutura da "regra da proporcionalidade" como subdividida em três níveis ou sub-regras. Essa tem sido, ademais, a posição majoritária entre nós.

Sem embargo, há autores que questionam a utilização da terceira fase da proporcionalidade em sentido estrito. É o caso dos que se opõem à ideia do sopesamento como método de aplicação do direito. Para estes, a "regra da proporcionalidade" há de se resumir a dois níveis de análise, sendo eles a adequação e a necessidade<sup>248</sup>.

No magistério de Bodo PIEROTH e Bernard SCHILINK, o controle da proporcionalidade no sentido estrito deve ser excluído por carecer de padrões racionais e vinculativos. Assim compreendem por considerar que, por implicar sopesamentos, o controle da proporcionalidade em sentido estrito sempre corre o risco de fazer prevalecer os juízos subjetivos e os pré-juízos daquele que venha a realizar o controle, apesar de todos os esforços de racionalidade. Daí que reputam não justificável que o tribunal responsável pelo controle coloque os seus juízos subjetivos acima dos do legislador controlado<sup>249</sup>.

Ao argumentar quanto à falta de uma medida objetiva para o sopesamento, Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS sustentam que não cabe ao aplicador do direito legislado decidir de maneira diferente das escolhas do legislador, que tem competência exclusiva para decidir em favor deste ou daquele valor. E sustentam que, se o fundamento da proporcionalidade em sentido amplo é o vínculo do legislador aos direitos fundamentais e não

---

<sup>244</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses da Constituição Federal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2003. p.80.

<sup>245</sup> Ibidem. p.81.

<sup>246</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas S.A; 2014. p. 176.

<sup>247</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses da Constituição Federal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2003. p. 87.

<sup>248</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.398.

<sup>249</sup> PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. tradução de Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. 1ª Parte, § 6º, IV, item 303.

o princípio do Estado de direito, a exclusão da proporcionalidade em sentido estrito encontra respaldo no princípio do Estado de direito (império da lei), assim como no princípio democrático e no princípio democrático-funcional<sup>250</sup>. Nesse compasso, ao avaliar que a proporcionalidade em sentido estrito dá azo à usurpação judicial da competência de decisão política própria do Poder Legislativo, concluem que deve ser rejeitada como elemento do exame da proporcionalidade<sup>251</sup>.

No ponto, Ingo Wolfgang SARLET adverte que a supressão do exame da proporcionalidade no sentido estrito pode resultar na violação da razoabilidade, que não se confunde com a proporcionalidade, mas com este guarda íntima relação. E destaca que um modelo assim estruturado há de se deparar com o problema de saber até que ponto medidas adequadas e necessárias podem, ainda assim, resultar em compressão excessiva do bem afetado pela restrição. Demais disso, destaca que a aceitação de que os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial, reconduz ao problema de saber se este núcleo é o que resulta do processo de ponderação, consoante preconiza Robert Alexy e reafirma Virgílio Afonso da Silva, contexto este que dificulta sobremodo a exclusão da terceira etapa de controle<sup>252</sup>.

Para além da posição dos que sustentam uma estrutura menor e restrita ao âmbito dos testes da adequação e da necessidade, há autores que defendem um modelo ampliado, integrado por um elemento adicional correspondente à "legitimidade dos fins", que precede os testes da necessidade, adequação, proporcionalidade em sentido estrito<sup>253</sup>. E, ainda, outra concepção se destaca a partir de um modelo de análise estruturado em quatro subcritérios da proporcionalidade: primeiro, quanto à licitude do propósito perseguido; segundo, quanto à licitude do meio utilizado; terceiro, quanto à adequação do meio; e quarto e último, quanto à necessidade do meio utilizado<sup>254</sup>.

Particularmente quanto à análise da legitimidade dos fins, a questão tem a sua razão de ser. Entretanto, não se justifica como um teste adicional e específico da proporcionalidade, mas sim como elemento interno de análise do teste da adequação entre meios e fins da medida interventiva.

---

<sup>250</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas S.A; 2014. p. 186.

<sup>251</sup> Ibidem, p. 227.

<sup>252</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 399.

<sup>253</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, 798, 2002. p. 35.

<sup>254</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas S.A; 2014. p. 195.

Com efeito, exsurge evidente que o Estado possa produzir normas jurídicas em decorrência de situações concretas, visando à realização de determinados fins, a serem alcançados mediante a adoção de certos meios. Tais fins, no entanto, necessariamente hão de ser constitucionais. Nenhum sentido faz admitir uma medida estatal cuja finalidade não encontre respaldo na Constituição.

A ter em conta que os direitos fundamentais somente podem ser restringidos por normas de hierarquia constitucional ou, ainda, por normas infraconstitucionais autorizadas pela Constituição<sup>255</sup>, decorre, pois, concluir que qualquer intervenção, para além de ancorada em autorização constitucional para restringir, deve ter como finalidade a realização de bens e interesses constitucionalmente protegidos.

A legitimidade do fim é, por esta forma, a compatibilização da providência estatal com a Constituição. Se, por exemplo, diante da elevação dos casos de câncer de pulmão decorrente do uso de tabaco pela população, com significativo aumento dos custos de manutenção dos tratamentos realizados pela rede pública de saúde, o legislador tenha editado uma lei a impor restrições à propaganda de cigarros, como medida de dissuasão aos usuários, e assim prevenir novos casos da doença, logicamente o fará orientado para um legítimo propósito consubstanciado na proteção e promoção do direito à saúde, e o faz em decorrência de sopesamentos realizados entre os direitos da liberdade econômica e de iniciativa e da saúde. Do mesmo modo, há de se considerar quando o juiz julga procedente pedido de reparação por danos morais decorrentes de violação de direito da personalidade por fato ofensivo publicado na imprensa. O direito prevalecente é conhecido a partir da ponderação desenvolvida pelo juiz. A legitimidade do fim decorre da necessidade de se fazer prevalecer um direito em face de outro, no caso, a personalidade em detrimento da liberdade de imprensa, o que em última instância é a concretização da Constituição por seus princípios de justiça e da dignidade humana.

Por essa órbita, a posterior intervenção no âmbito de regulação do direito fundamental que deva sofrer a compressão por uma medida estatal necessariamente há de se desenvolver baseada num fim constitucional, sendo esta relação meio fim o objeto de um teste específico de conformação, no qual se afere se o meio adotado fomenta o alcance do fim objetivado.

---

<sup>255</sup> Consoante classificação de Alexy. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 286 e ss.

Nessa linha de raciocínio, resulta dizer que o fim constitucional da medida estatal deve ser considerado não como uma etapa individualizada de análise da "regra da proporcionalidade", mas como um aspecto interno do liame meio fim inerente à análise da adequação do ato estatal.

No que tange à licitude do meio utilizado, muito embora possa parecer contraintuitivo, não se afigura acertado considerar tal questão subcritério da proporcionalidade. Se determinado meio é ilegal, claro e evidente que o seja por definição do legislador. E se o legislador assim o estatuiu, lógico que se trata de regra de primeiro nível, a submeter-se a processo subsuntivo de aplicação das normas, que não se confunde com as balizas de uma regra de segundo nível, próprias e dirigidas à aplicação de outras normas. Dessa forma, se determinado meio se encontra proibido por uma regra, naturalmente não estará ao alcance da análise da proporcionalidade, dado que excluído *a priori* de qualquer exame. Nessa hipótese, se o meio for ilegal, ilegal será a medida estatal por meio dele levada a efeito, de maneira que de desproporcionalidade não se tratará, mas de simples ilegalidade.

Assim pontuado, para os fins deste estudo, segue-se que o controle judicial da proporcionalidade da intervenção estatal sobre os direitos fundamentais deve ser realizado em três etapas sucessivas<sup>256</sup>, assim como perfilhado pela majoritária corrente doutrinária e jurisprudencial, sendo elas a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Importa notar que, uma vez assim estruturado, o controle judicial das intervenções estatais estará a operar em perfeita sintonia com os pressupostos da teoria dos princípios. Por serem os princípios mandamentos de otimização, aos testes da adequação e da necessidade confere-se, especificamente, a tarefa de aferir as exigências de máxima realização das possibilidades fáticas, a ditar a observância do meio menos gravoso, do mandamento de vedação de sacrifícios desnecessários aos direitos fundamentais; e, ao teste da

---

<sup>256</sup> Assim observa George Marmelstein, ao destacar que "esses elementos devem ser analisados sucessivamente", de tal modo que "será possível uma limitação a um direito fundamental se estiverem presentes na medida limitadora todos esses aspectos". Cf. MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 371; Com entendimento um pouco diferente, Jorge Reis Novais salienta que "o controle de proporcionalidade não deve resumir-se a uma prática de controle sucessivo da observância dos vários subprincípios ou máximas da proibição do excesso", porquanto deve seguir "uma lógica de comparação de medidas restritivas alternativas que tenha globalmente em conta as respectivas eficácia e grau de sacrifício produzidos e é precisamente no contexto de um controlo operado segundo esta perspectiva que a metodologia da ponderação desenvolve as suas potencialidades enquanto metodologia constitucionalmente adequada". Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 129-130.

proporcionalidade em sentido estrito, o da realização das possibilidades jurídicas, a expressar o sopesamento propriamente dito em relação aos princípios colidentes<sup>257</sup>.

Nesse compasso, quando uma medida estatal importa intervenção no âmbito *prima facie* protegido do direito fundamental, forçosamente deverá ter como escopo uma finalidade constitucionalmente legítima, que normalmente é a realização de outro direito fundamental ou outros bens e interesses igualmente protegidos pela Constituição. E nesse domínio, controlar a proporcionalidade da medida interventiva, e consequentemente a sua constitucionalidade, significa sindicar se a ação estatal é adequada, necessária e proporcional, segundo o crivo metódico e sucessivo das três sub-regras da proporcionalidade.

Até aqui pontuado, dúvida alguma há de que a "regra da proporcionalidade" serve de instrumento de controle da constitucionalidade quando em causa direitos fundamentais negativos, ou seja, quando presente o dever do Estado de se abster, de não interferir, enfim, de que não faça algo, de que não atente contra ou não modifique o outrora realizado. Na hipótese, tal instrumento de controle se destina a aferir eventual excesso da atuação estatal, funcionando assim como controle da proibição do excesso<sup>258</sup>.

Situação diferente, no entanto, é a que se verifica quando se está diante de um direito positivo, em que presente a exigência ou pretensão de que o Estado faça algo. Controverte-se a doutrina se o escrutínio das omissões, ou seja, se o controle da proibição do *deficit*, pode ser realizado sob os mesmos fundamentos teóricos da proibição do excesso.

Para Jorge Reis NOVAIS, a regra da proporcionalidade tal como formulada para aferir o excesso da medida estatal (controle da proibição do excesso) não pode ser aplicada ao controle das omissões (controle da proibição do *deficit*). E assim considera por entender que há uma diferença sensível e inevitável no confronto entre direitos negativos e direitos positivos a exigir um tratamento dogmático diferenciado para cada um deles. Com efeito, ao passo que o controle da proibição do excesso se foca num ato, numa ação, que poderá ser reputado excessivo e, consequentemente, inconstitucional, a proibição do *deficit* foca-se no comando constitucional, na Constituição, e não na omissão propriamente dita<sup>259</sup>.

Em sentido contrário, Ingo Wolfgang SARLET leciona que a análise sob a perspectiva da proibição do *deficit* se utiliza, em termos gerais, da mesma análise trifásica da

---

<sup>257</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 118.

<sup>258</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**, Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p.286.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p.300.

regra da proporcionalidade aplicada no âmbito da proibição do excesso, guardadas, no entanto, as peculiaridades ao exame do devido cumprimento dos deveres de proteção. Assim, é de se aferir se a própria concepção de proteção adotada ou mesmo prevista para a tutela do direito fundamental é apta a proteger de modo eficaz o bem protegido; e, se afirmativa a resposta, se existe concepção de proteção mais eficaz, sem que com isso se esteja a intervir de modo mais rigoroso em bens fundamentais de terceiros ou interesses da coletividade. Por último, se o impacto das ameaças e riscos remanescentes após a efetivação da medida de proteção deve ser tolerado em face de um sopesamento com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos<sup>260</sup>.

Por derradeiro, cumpre mencionar que o controle da proporcionalidade, por suas sub-regras, se desenvolve de modo sucessivo e excludente. Sucessivo, porque a análise segue uma sequência de testes, a começar pela adequação, seguida pela necessidade, finalizando quanto à proporcionalidade em sentido estrito.

Para que o ato estatal interventivo seja considerado constitucional, o meio empregado deverá ser adequado, na medida em que seja apto, com o seu auxílio, a alcançar o resultado desejado; necessário se indispensável por não existência de alternativa menos gravosa e igualmente eficaz para a promoção do fim colimado; e proporcional em sentido estrito, se preserva uma relação de justa medida, ou seja, como uma relação de justa medida entre a satisfação de um princípio e a afetação ou a não satisfação do outro. Essa é uma ordem lógica que não pode ser subvertida.

Esse controle também segue uma lógica excludente, na medida em que cada etapa anterior, se não atendida, tem o condão de excluir a seguinte. Dessa forma, se uma medida estatal não passar pelo crivo da adequação, ou seja, se for considerada não adequada, consequência é reconhecer de plano a inconstitucionalidade do ato. Nessa situação já não se cogita analisar a necessidade ou proporcionalidade estrita do ato. Do mesmo modo, ainda que a medida estatal seja considerada adequada, mas não venha passar no critério da necessidade, dispensado estará o exame da proporcionalidade no sentido estrito. Tanto num quanto noutro caso a medida será considerada desproporcional e, assim, inconstitucional.

Somente as medidas que passarem nos três testes sucessivos da proporcionalidade, ou seja, que forem consideradas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito, serão reputadas proporcionais, constitucionais portanto.

---

<sup>260</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 399.

### 3.4.1. A adequação entre os meios e os fins da medida estatal de intervenção nos direitos fundamentais

A sub-regra da adequação<sup>261</sup> encerra uma máxima bem objetiva: os meios têm de ser idôneos à realização ou promoção de um fim constitucionalmente legítimo. Uma medida é inadequada quando em nada contribui para o fim, sendo, pois, arbitrária. Para que seja considerada proporcional, a medida estatal interventiva deve ser apta a fomentar os objetivos desejados. Consiste, por conseguinte, no primeiro exame dentre os que integram a "regra da proporcionalidade".

A despeito do aspecto da otimização nele presente, a revelar uma concepção ligada à noção de máxima realização em relação às possibilidades fáticas, o teste da adequação é, essencialmente, um critério negativo, que não aponta para um "ponto máximo", como adverte ALEXY<sup>262</sup>. Seu escopo, em verdade, consiste em eliminar meios não adequados. E muito embora não elimine tudo, tem o condão de excluir parte importante do espectro de coisas, a reduzir as hipóteses de resultados possíveis e consequentemente a amplitude da "moldura"<sup>263</sup>, aspecto que se traduz numa solução de controle bastante relevante em se tratando de direitos fundamentais, cujas normas têm geralmente uma textura aberta.

E nessa quadra teórica, sua concepção parte inicialmente da ideia da eficiência de Pareto, segundo a qual "uma posição pode ser melhorada sem que a outra seja piorada"<sup>264</sup>. Nesse compasso, no âmbito do teste da adequação, apta será a medida que for eficiente para fomentar um resultado. De outro modo, será inadequada quando não puder fazê-lo.

O raciocínio é simples. Quando uma medida estatal ME, que visa à realização de um princípio P1, se revelar incapaz de fomentá-lo e, ainda assim, embaraçar a

---

<sup>261</sup> A sub-regra da "adequação" também é conhecida como "princípio da idoneidade", "princípio da aptidão" e "princípio da conformidade". Jorge Reis Novais se opõe ao uso da expressão "princípio da adequação", preferindo nominá-lo como "princípio da idoneidade" ou "princípio da adequação", por entender não "apropriada a tradução desta máxima como princípio da adequação já que o termo parece sugerir uma aproximação essencialmente axiológica que, aqui, não é determinante", Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 167; Como "princípio da conformidade", Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997. p. 269.

<sup>262</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 588.

<sup>263</sup> Ibidem, p. 590.

<sup>264</sup> Ibidem, p. 589.

realização de um outro princípio P2, logo será considerada inadequada<sup>265</sup>. Por essa perspectiva, sem que se adote a medida, não haverá custos para P1 nem para P2, de tal modo que não há melhora nem piora na situação de P1 e de P2. Mas se considerados em conjunto, os dois princípios P1 e P2 proíbem a adoção da medida ME, por imporem custos a P2 sem ganhos a P1, ou seja, uma posição não foi melhorada e a outra foi piorada.

Para esclarecer a lógica desse exame, ALEXY cita o caso do cabeleireiro que, sem a permissão do Poder Público, colocou uma máquina de venda automática de cigarros em seu estabelecimento, no que resultou uma multa contra si imposta pela administração pública, haja vista que a permissão somente seria concedida se atendida a exigência legal de que o requerente demonstrasse "a necessária expertise", somente alcançada mediante um curso profissionalizante como comerciante, de uma prática de muitos anos em um estabelecimento comercial ou de um exame especial, em que seriam aferidos conhecimentos técnicos-comerciais. A questão foi submetida à jurisdição comum do Tribunal Superior Estadual de Saarbrücken e posteriormente ao Tribunal Constitucional Federal alemão que, após identificar como finalidade da medida estatal a proteção do consumidor contra prejuízos à sua saúde ou contra prejuízos econômicos, concluiu por sua inadequação e consequente inconstitucionalidade. Segundo a Corte Constitucional alemã, a exigência de curso especial, aprovação em prova especial ou ser comerciante não teria o condão de fomentar a adequada proteção do consumidor, razão por que a medida seria proibida sob a lente do teste da adequação e, ainda, violaria o direito fundamental à liberdade profissional<sup>266</sup>.

Apesar de se apresentar como um conceito aparentemente simples, o exame da adequação guarda consigo algumas questões de certa complexidade, tais como: a) até que ponto é importante determinar com precisão a finalidade objetivada pela medida estatal; b) se a adequação que se exige deve ser *ex ante* ou *a posteriori* à edição da medida estatal; c) se o juízo de adequação tem caráter técnico ou se resume a uma mera avaliação da possibilidade de a medida alcançar o seu objetivo<sup>267</sup>.

A determinação do fim da medida estatal é medida imprescindível no exame da adequação. Um ato estatal que intervenha no âmbito de proteção de um direito fundamental, necessariamente, deve ter por escopo a promoção de bens ou interesses

---

<sup>265</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 589.

<sup>266</sup> Ibidem, p. 589.

<sup>267</sup> CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004. p. 63.



constitucionalmente protegidos. Por outras palavras, o fundamento da medida estatal deve ser a promoção de um fim constitucional. Se o ato estatal for carecedor de finalidade constitucional, logo será inconstitucional.

Com efeito, antes mesmo de se aferir a adequação do meio adotado, é de se indagar se existe uma finalidade objetivada pela norma correspondente; se este mesmo fim não é proibido constitucionalmente e se tem relevância social<sup>268</sup>.

Outra questão fundamental que se deve levar em consideração no exame da adequação é se o intérprete deve retroceder a análise ao momento da edição do ato estatal ou ao tempo da produção dos efeitos da medida estatal. Trata-se, pois, de saber se a adequação de uma medida estatal deve ser analisada a partir de uma perspectiva *ex ante* ou *ex post*<sup>269</sup>.

Como observa Juan CIANCIARDO, pode ocorrer que uma medida previsivelmente adequada ao tempo de sua edição venha posteriormente a se tornar inadequada ou vice-versa. Na hipótese, quatro situações podem ocorrer: 1) a medida M adequada *ex ante* continue adequada *a posteriori*; 2) a medida M adequada *ex ante* venha se tornar inadequada *a posteriori*; 3) a medida inadequada *ex ante* continue inadequada *a posteriori*, e 4) a medida inadequada *ex ante* venha a se tornar adequada *a posteriori*<sup>270</sup>.

Sob a ótica temporal, os casos 1 e 3 não encerram nenhum problema, dado que não há modificação quanto à aptidão ou inaptidão para promoverem o fim com o decurso do tempo. A dificuldade reside, no entanto, quanto à situação dos casos 2 e 4, uma vez que sofrem alteração com o tempo, de aptos a inaptos e ao contrário. É nessa quadra fática que se indaga se o exame da adequação deve se reportar ao momento da edição da medida estatal ou da sua aplicação.

Para os que defendem uma análise baseada apenas nos conhecimentos existentes na edição da medida estatal (perspectiva *ex ante*), a inadequação do ato estatal somente há de ser reconhecida quando a incompatibilidade entre o meio e o fim for manifesta. Daí que, em sentido contrário, há de prevalecer a escolha realizada pela autoridade pública competente<sup>271</sup>.

---

<sup>268</sup> CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004. p. 63.

<sup>269</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional**: Teoria, história e método de trabalho. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012. edição digital. Capítulo 11.2.

<sup>270</sup> CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004. p. 71.

<sup>271</sup> Nesse sentido, cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 7ª ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. p.170.

Em favor dessa corrente, há um forte argumento: não parece razoável exigir do legislador a previsão de todas as circunstâncias que afetarão o fim perseguido pela medida estatal, condição a lhe outorgar maior margem de atuação no exercício de suas funções conferidas pela Constituição. Para além disso, uma análise *ex ante* estaria em consonância com a presunção de constitucionalidade, que prescreve o cumprimento das normas jusfundamentais<sup>272</sup>.

De outra parte, para os que entendem necessário considerar também os elementos supervenientes à edição da medida estatal (perspectiva *a posteriori*), o teste da adequação há de incidir sobre todos os que se verificarem até a data do escrutínio judicial<sup>273</sup>.

Vigorosos são os argumentos para um exame *a posteriori*, a objetar o exame *ex ante*: em primeiro lugar, não se trata de agregar exigências de prognose<sup>274</sup> ao legislador, mas sim de controlar as já consignadas na Constituição, como, por exemplo, a de proteger os direitos fundamentais, evitando que sejam afetados por atos estatais que não mais promovem a realização de nenhum fim constitucional. Em segundo lugar, a amplitude do exame de adequação resulta muito pouco afetado com a plenitude da análise *a posteriori*<sup>275</sup>.

Para Jorge Reis NOVAIS, o controle da adequação deve ser realizado por uma perspectiva *a posteriori* porque, diante da devida relevância aos juízos de prognose feitos no momento em que o autor da restrição representa os seus previsíveis efeitos, não se pode justificar qualquer condescendência para com os poderes públicos responsáveis pela restrição, não apenas a partir do momento em que o juiz comprova a inaptidão da medida restritiva, mas também a partir do momento em que os mesmos poderes públicos poderiam, objetivamente, ter constatado a inidoneidade do meio e, não havendo razões para, num e no outro caso, crer na reversibilidade da situação, devessem tê-lo anulado<sup>276</sup>. Dito por outras palavras, se a prognose do legislador não considerou a possibilidade de inadequação futura e esse mesmo legislador não foi diligente no sentido de expurgar o ato estatal inconstitucional, compete ao

---

<sup>272</sup> CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004. p. 72.

<sup>273</sup> SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.181.

<sup>274</sup> MENDES, Gilmar. **Controle de constitucionalidade**: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. in RT/Fasc. Civ. Ano 88, v.766, ago.1999. p.11-28.

<sup>275</sup> CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004. p. 73.

<sup>276</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 169.

juiz fazê-lo quando do exame da adequação da medida, que, conquanto apta no momento de sua criação, venha a se revelar inidônea e, como tal, inconstitucional.

Esta é também a posição defendida por Juan CIANCIARDO ao dizer que a medida deve ser adequada no momento em que realizado o exame de constitucionalidade, nem antes nem depois<sup>277</sup>.

Quanto à profundidade do juízo de adequação, a questão está em saber, não se o exame deve ser técnico, mas se os juízes devem examinar todos os impactos sociais da medida estatal para julgar se há de alcançar ou não a finalidade objetivada pelo legislador com a edição do ato estatal.

Acerca do que se possa reputar como meio adequado, duas posições se destacam. Uma, que denota um conceito forte de adequação, no qual uma medida somente será adequada se for apta a "atingir" o objetivo desejado pela medida estatal, e, outra, que espelha um conceito fraco, segundo o qual adequada será a medida que de alguma forma "fomente" algo, mesmo que não seja completamente realizado<sup>278</sup>. Esta tem sido a posição prevalecente na doutrina.

Sobre o tema, Jorge Reis NOVAIS destaca ser este, em rigor, um controle que diz respeito à relação de causa-efeito entre meio e fim, à aptidão de um meio para atingir um fim, contudo não no sentido de uma exigência que só se considera cumprida quando o meio realiza integral ou plenamente o fim visado, mas bastando-se, antes, com uma aproximação sensível, ainda que parcelar, do fim pretendido<sup>279</sup>.

Por seu turno, Bodo PIEROTH e Bernhard SCHLINK notam que o meio não tem necessariamente de alcançar plenamente o fim, mas apenas facilitar o seu alcance<sup>280</sup>.

---

<sup>277</sup> No texto original, Juan Cianiardo destaca: "en suma, la medida debe ser adecuada al momento de producirse el examen de constitucionalidad, ni antes ni después, y, por tanto, la única regla es la adecuación a posteriori". Cf. CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004. p. 75.

<sup>278</sup> Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: novas leituras, Salvador: Revista Diálogo Jurídico, Ano I, Vol I, nº 5, Agosto de 2001. p.4; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 7ª ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. p.162.

<sup>279</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 168.

<sup>280</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**, tradução de Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. 1ª Parte, § 6º, IV, 4, item 293.

Nesse mesmo sentido, Juan CIANCIARDO preleciona não ser necessária a realização completa do fim buscado, bastando apenas uma aptidão ou possibilidade de cumprimento parcial do fim<sup>281</sup>.

De sua vez, Humberto ÁVILA salienta que a adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim, de forma que a medida será adequada se servir de instrumento para a promoção do fim<sup>282</sup>.

Com o mesmo entendimento, Daniel SARMENTO e Cláudio Pereira de SOUZA NETO afirmam que o controle da adequação se traduz na exigência de que os meios adotados devem ser aptos para, pelo menos, contribuir para o atingimento dos referidos fins<sup>283</sup>.

No ponto, Virgílio Afonso da SILVA alerta ser contraproducente a exigência de realização completa do fim perseguido, dado que dificilmente será possível saber com certeza, antecipadamente, se uma medida realizará, de fato, o objetivo que se propõe, dado que muitas vezes o legislador é obrigado a agir em situações de incertezas empíricas, sendo conduzido a fazer previsões que não sabe se serão realizadas, até mesmo por esbarrar nos limites da cognição<sup>284</sup>.

Dito de outro modo, o critério da adequação não implica que o meio tenha necessariamente de contribuir para que se alcance plenamente o fim, mas apenas facilitar a sua realização<sup>285</sup>. Nesse sentido, Virgílio Afonso da SILVA expõe que adequado não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas ainda o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, conquanto o objetivo não seja completamente realizado<sup>286</sup>.

---

<sup>281</sup> No original: "Asimismo, no cabe exigir la realización total del fin buscado: basta una aptitud o posibilidad de cumplimiento parciales". Cf. CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004. p. 75.

<sup>282</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 7ª ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. p.168.

<sup>283</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional**: Teoria, história e método de trabalho. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012. edição digital. Capítulo 11.2..

<sup>284</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 170.

<sup>285</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. tradução de Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. 1ª Parte, § 6º, IV, 4, item 293.

<sup>286</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, 798, 2002. p. 36.

Escudado nesse entendimento, a medida estatal interventiva será adequada desde que os meios adotados sejam aptos para, pelo menos, contribuir para o atingimento dos referidos fins<sup>287</sup>.

Por esta órbita, o critério da adequação entre meios e fins se traduz num controle de viabilidade<sup>288</sup> em que a medida somente será considerada proporcional se for em princípio apta ou idônea a fomentar o objetivo desejado, ainda que não seja inteiramente realizado.

Com efeito, expostas essas premissas teóricas, cumpre descrever a engrenagem da adequação e seu funcionamento.

O exame da adequação se desenvolve em duas etapas de análise<sup>289</sup>. Em primeiro lugar, deve o juiz sindicar se a intervenção estatal tem um objetivo legítimo. Nessa etapa deve o juiz identificar a finalidade da medida estatal e sua legitimidade constitucional<sup>290</sup>. Depois, o exame visa aferir se é adequada para alcançar ou pelo menos fomentar a finalidade constitucional do ato estatal.

Há, no entanto, quem proponha um modelo de análise diferente, estruturado por uma lógica de comparação de medidas restritivas alternativas, que leva em conta globalmente as respectivas eficácia e grau de sacrifício produzidos, em vez de controle teste a seguir teste<sup>291</sup>.

---

<sup>287</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, história e método de trabalho**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012. edição digital. Capítulo 11.2.

<sup>288</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 397.

<sup>289</sup> Conforme no original: "En primer término, el Tribunal se pregunta si la intervención legislativa tiene un objetivo legítimo, y si es idónea para alcanzarlo o por lo menos para fomentarlo. La constitucionalidad de toda intervención legislativa presupone que ésta debe ser idónea para el logro de algún objetivo constitucionalmente legítimo". Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 151.

<sup>290</sup> Muito embora Alexy não inclua no teste da adequação o exame quanto à legitimidade do fim, desconsiderar tal aspecto tende a conduzir a contradições, sobretudo por se admitir adequado, e consequentemente constitucional, uma medida interventiva orientada para um fim ilegítimo.

<sup>291</sup> Nesse sentido, Jorge Reis Novais propõe um modelo alternativo no qual se agrega a lógica de comparação de medidas restritivas alternativas para reduzir significativamente o subjetivismo e conferir maior efetividade de controle. Para Novais, "o panorama muda radicalmente e os resultados do controlo da observância do princípio constitucional da proibição do excesso são potencialmente distintos quando abandonamos um tipo de controlo teste a seguir teste, segundo a lógica da verificação sucessiva de aptidão, necessidade e proporcionalidade, e nos orientamos alternativamente para uma lógica de comparação de medidas restritivas alternativas que tenha globalmente em conta as respectivas eficácia e grau de sacrifício produzidos e é precisamente no contexto de um controlo operado segundo esta perspectiva que a metodologia da ponderação desenvolve as suas potencialidades enquanto metodologia constitucionalmente adequada". Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 130.

Se bem que vise reduzir o subjetivismo, tal proposta, em verdade, tende a desenvolver um exame mais intrincado, ao aglutinar aspectos inerentes à adequação, necessidade e sopesamento da medida, o que pode, de certo modo, comprometer a racionalidade da análise desenvolvida pelo órgão de controle. Apesar da importância para o debate do tema, não se trata de posição corrente na doutrina, motivo por que não será adotada neste estudo, que seguirá o arranjo majoritário de análise individualizada, teste a seguir teste.

De consequência, resulta dizer que dois são os momentos de análise do teste da adequação: 1) no primeiro momento, o juiz identifica claramente quais são os fins perseguidos pela medida e os meios mediante os quais o estado adotará para fomentá-los; 2) no segundo momento, o juiz deve formular as seguintes perguntas: a) o fim almejado pela medida interventiva guarda conformidade com a Constituição, no sentido de se revelar adequado às suas disposições normativas? b) o meio adotado pela medida interventiva é adequado para fomentar a realização do objetivo constitucional desejado?

Se porventura a resposta for não para ambas ou qualquer uma das indagações, logo que a medida estatal será considerada inadequada e, por essa forma, desproporcional.

### **3.4.2. A necessidade de um meio menos gravoso para justificar medida estatal de intervenção nos direitos fundamentais**

O segundo e subsequente teste de controle da proporcionalidade, firmado na sub-regra da necessidade,<sup>292</sup> demanda que a medida adotada seja a menos gravosa possível. Consiste, como preleciona ALEXYY, na exigência de que seja escolhido, dentre dois meios aproximadamente adequados para fomentar específica finalidade constitucional, aquele que intervenha de modo menos intenso num direito fundamental<sup>293</sup>.

A despeito da denominação empregada por esse método de controle, o exame da necessidade não diz respeito especificamente sobre uma situação de necessidade, de urgência ou de que algo precisa necessariamente ser feito, mas sim sobre a sua eficiência

---

<sup>292</sup> A sub-regra da "necessidade" é também conhecida como "princípio da exigibilidade" e "princípio da indispensabilidade". Como "princípio da exigibilidade", Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997. p. 270; Como "princípio da indispensabilidade", Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 171.

<sup>293</sup> ALEXYY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 590.

como meio que intervenha em menor intensidade no direito fundamental, como esclarece Virgílio Afonso da SILVA<sup>294</sup>.

Com esta concepção, CANOTILHO apresenta a sub-regra da necessidade como um teste da menor ingerência possível, a denotar a ideia de que o cidadão tem direito a menor desvantagem possível, a exigir sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão<sup>295</sup>.

Segundo Bodo PIEROTH e Bernhard SCHILINK, a medida será necessária se não há outra situação em que o Estado possa igualmente criar sem grande prejuízo, de maneira que seja menos onerosa para o cidadão e que se encontre igualmente numa relação, proporcionada por hipóteses comprovadas sobre a realidade, com a situação em que se deve considerar como realizado o fim prosseguido<sup>296</sup>.

Carlos Bernal PULIDO leciona que o objeto de análise da segunda etapa de controle da proporcionalidade consiste em determinar se os objetivos perseguidos com a intervenção legislativa no direito fundamental poderiam ter sido alcançados com a adoção de medidas mais benignas para o direito que sofreu a ingerência<sup>297</sup>.

Juan CIANCIARDO acrescenta que o exame da necessidade é o mais controvertido dentre os três que formam a máxima da proporcionalidade. Por meio dele, se afere se a medida estatal é a menos restrigente do direito fundamental dentre as igualmente eficazes<sup>298</sup>.

---

<sup>294</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 171.

<sup>295</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997. p. 270.

<sup>296</sup> PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book., 1ª Parte, § 6º, IV, 4, parágrafo 295.

<sup>297</sup> No original, Carlos Bernal Pulido salienta que: "El objeto del segundo paso del control de proporcionalidad consiste en determinar si los objetivos perseguidos con la intervención consiste en determinar si los objetivos perseguidos con la intervención legislativa en el derecho fundamental habrían podido alcanzarse con la adopción de medidas más benignas con el derecho intervenido. Se trata de establecer si el Legislador disponia de medidas alternativas por lo menos igualmente idóneas para obtener sus propósitos y que además implicaram restricciones de menor calado que aquéllas originadas por la leu examinada". Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales**. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 151.

<sup>298</sup> Conforme texto original: El juicio de necesidad es, en lo que a la aplicación se refiere, el más controvertido de los tres que forman la máxima de proporcionalidad. Ha sido también llamado 'juicio de indispensabilidad'. Mediante él se examina si la medida adoptada por el legislador es la menos restrictiva de las normas jusfundamentales de entre las igualmente eficaces". Cf. CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004. p. 79.

Por seu turno, Humberto ÁVILA pontua que o exame da necessidade implica a investigação quanto à existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder estatal, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados<sup>299</sup>.

Em termos gerais, vê-se que a sub-regra da necessidade tem ínsita a noção de eficiência de Pareto, então consistente na expressão segundo a qual "em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição"<sup>300</sup>.

Por essa perspectiva, o teste da necessidade encerra de modo patente a ideia de otimização. Se determinado princípio P1 é satisfeito de forma similar tanto pela adoção de uma medida M1 quanto por uma segunda medida M2 e se em função do princípio P2, objeto de intervenção, a medida M2 nele intervém de modo mais gravoso, resulta concluir que em face das possibilidades fáticas (M1 e M2) P2 é satisfeito em um grau maior com a escolha de M1, sem que se imponha por isso custos a P1. Dai que, a otimização de P1 e P2 proíbe a utilização de M2<sup>301</sup>.

Diversamente do teste da adequação, não há nesta etapa de controle a eliminação de meios não adequados. O que se escrutina é se há um meio mais suave ou menos restritivo para perseguir o objetivo escolhido, o que representa, como adverte ALEXY, não a otimização em direção a algum ponto máximo, mas tão somente a vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais<sup>302</sup>.

Portanto, por meio da sub-regra da necessidade é possível afastar a medida estatal que intervenha em excesso ou de modo deficiente em determinado direito ou interesse juridicamente protegido, quando evidenciada a existência de uma outra medida a impor menor ingerência para alcance do mesmo fim.

Há de se ressaltar que as alternativas à medidas estatal também devem ser aptas à realização do fim, de modo que a adequação pressupõe a necessidade em todas as etapas de comparação, haja vista o caráter sucessivo e excludente dos testes da máxima da proporcionalidade. Em verdade, não faria sentido admitir, em sede de análise da necessidade,

---

<sup>299</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 7ª ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. p.170.

<sup>300</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 591.

<sup>301</sup> Ibidem, p. 590.

<sup>302</sup> Ibidem, p. 591.



medida alternativa inadequada para afastar medida estatal anteriormente admitida no teste adequação como adequada.

A consubstanciar a ideia de obstar intervenções desnecessárias, não exigíveis para o fomento do fim, o teste da necessidade pode ser sintetizado na célebre metáfora de Fritz FLEINER de que "não se deve utilizar canhões para abater pardais"<sup>303</sup>.

É, por essa linha de exposição, um teste eminentemente comparativo<sup>304</sup>. Com efeito, uma medida estatal será considerada necessária e, conseqüentemente proporcional, desde que o meio seja mais suave, quando comparado a outro igualmente idôneo para fomentar o fim com a mesma intensidade. Será, todavia, desproporcional, se verificada a existência de outra medida igualmente idônea, ou seja, com grau de eficácia similar para fomentar o fim perseguido, mas menos restritiva.

Humberto ÁVILA observa que referido exame não é de modo algum singelo, uma vez que a comparação do grau de restrição dos direitos fundamentais e do grau de promoção da finalidade preliminarmente pública pode envolver certa complexidade<sup>305</sup>. Para o referido jurista brasileiro, isto ocorre sobretudo quando a comparação envolve medidas diferentes sob os aspectos do grau de restrição dos direitos fundamentais e do grau de promoção da finalidade. Todavia, quando a intensidade de promoção do fim é a mesma entre duas medidas, divergindo apenas quanto ao grau de restrição, a identificação da medida menos restritiva é bem mais fácil.

Muito embora à primeira vista possa parecer que o teste da necessidade dê prioridade à pesquisa do meio menos gravoso, o que significaria dar preferência à medida que menor restrição imponha ao direito fundamental afetado, decisivo mesmo neste exame é o parâmetro da eficiência da medida estatal interventiva<sup>306</sup>. Isto é assim porque a comparação dos meios menos gravosos somente ocorrerá se também forem igualmente eficientes para a promoção do fim constitucional perseguido pelo ato estatal. Com efeito, se não houver medida alternativa com igual ou superior grau de eficiência em relação à medida estatal adotada, logo desnecessária será qualquer análise sob o crivo da necessidade, dado que não haverá o que comparar a princípio.

---

<sup>303</sup> FLEINER, Fritz, **Instituciones de derecho administrativo**. Trad. esp. a. S. Alvarez Gendín. Barcelona: Editorial Labor, 1933. p. 324.

<sup>304</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 171.

<sup>305</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 7ª ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. p.172.

<sup>306</sup> Ibidem, p.172.

No ponto, Virgílio Afonso da SILVA esclarece que se a preferência tivesse de recair na medida menos gravosa, ainda que quase nada eficiente, isso conduziria ao entendimento de que sempre seria melhor a omissão do Estado, porquanto como tal representaria a medida menos gravosa<sup>307</sup>.

Nesse domínio de comparação, portanto, o teste da necessidade depende do exame de duas variáveis: a) a primeira, relativa ao grau de eficiência do meio para a realização do objetivo proposto; b) a segunda, quanto ao grau de restrição ao direito fundamental atingido<sup>308</sup>.

Assim, a partir da análise dessas duas variáveis será possível determinar qual a medida mais eficiente em relação ao fim perseguido e qual a medida menos gravosa em relação ao direito afetado, para assim concluir se a medida estatal é ou não necessária.

Com isso se pode dizer que o teste da necessidade se desenvolve em quatro momentos distintos: 1) no primeiro, são identificadas alternativas à medida estatal interventiva que poderiam ter sido utilizadas para a mesma finalidade, avaliando-se a adequação dos meios alternativos; 2) no segundo, é feito um juízo de eficiência do meio em relação ao fim, determinando-se o grau de eficiência da medida estatal eleita, assim como das alternativas possíveis em relação ao fim perseguido pelo Poder Público; 3) no terceiro, é feito um juízo de afetação do direito fundamental pela medida estatal interventiva e pelas alternativas possíveis, a determinar o grau de intervenção em relação ao direito afetado; 4) no quarto, é feita a comparação das medidas a partir de suas variáveis de "eficiência" do meio para o fim e "afetação" do meio em relação ao direito.

Com esse enfoque, Juan CIANCIARDO discorre que esse juízo de comparação se dá em primeiro lugar entre cada meio e o fim, assim considerados o escolhido e os alternativos, e, depois, entre o meio adotado e os meios alternativos. Por isso, enquanto que o juízo de adequação se apresenta como um exame bilateral entre o meio empregado pelo legislador para a consecução do fim constitucional e o próprio fim, o teste da necessidade consiste num juízo plurilateral, vertical e horizontal simultaneamente, entre o meio escolhido, o fim perseguido e outros meios hipotéticos, que assim pode ser esquematizado<sup>309</sup>:

---

<sup>307</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 173.

<sup>308</sup> Ibidem, p. 171.

<sup>309</sup> CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004. p. 90.

- 1) Me (meio eleito) => F (fim)
- 2) M1 (meio alternativo 1) => F (fim)  
M2 (meio alternativo 2) => F (fim)  
M3 (meio alternativo n) => F (fim)

A primeira comparação se dá isoladamente entre o meio escolhido e o fim, assim como em cada um dos meios alternativos e o fim, do que deflui um grau de eficiência de cada um deles. Na exposição de CIANCIARDO, se hipoteticamente se puder graduar a eficiência de cada meio numa escala de 1 a 10, será possível encontrar o seguinte quadro<sup>310</sup>:

- 3) Me = e (eficiência) com grau 8  
M1 = e 5  
M2 = e 8  
M3 = e 9

Se, nesse quadro hipotético, houver apenas o meio alternativo M1 além do meio eleito Me, não se haverá de levar a cabo o exame da necessidade por falta de meios alternativos igualmente eficientes ao fomento do fim. Nesse caso, o meio eleito Me será de plano considerado necessário, ante inexistência de outras medidas tão eficientes quanto menos restritivas, devendo, pois, ser submetido ao derradeiro teste da proporcionalidade.

Essa análise pode ser representada conforme o seguinte quadro:

---

<sup>310</sup> CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004. p. 91.

**Quadro 1**

<b>Medida de intervenção</b>	<b>Grau de eficiência do meio</b>	<b>Grau de afetação do direito</b>	<b>Conclusão comparativa</b>
Medida estatal Me	8	-	Medida considerada necessária de plano
Alternativa M1	5	-	Medida com menor eficiência em relação à medida estatal
Alternativa M2	-	-	-
Alternativa M3	-	-	-

A existência de meios alternativos mais eficientes que o eleito pelo Poder Público, porém, não importará, por si só, desnecessidade do meio eleito, dado que a conclusão do teste ainda estará dependente da aferição do grau de restrição ao direito afetado. Por outras palavras, a considerar o exemplo adotado, se consideradas todas as alternativas M1, M2 e M3, não haverá nenhuma conclusão de pronto, porquanto dependente da análise da segunda variável relacionada à restrição do direito. Nesse caso, o passo seguinte será a aferição do grau de afetação do direito fundamental. O quadro será o seguinte:

**Quadro 2**

<b>Medida de intervenção</b>	<b>Grau de eficiência do meio</b>	<b>Grau de afetação do direito</b>	<b>Conclusão comparativa</b>
Medida estatal Me	8	-	Não há
Alternativa M1	5	-	Não há
Alternativa M2	8	-	Não há
Alternativa M3	9	-	Não há

Nesse compasso, uma vez determinada a existência de outros meios adequados e igualmente eficazes, ou mais eficazes, a etapa seguinte será a determinação do grau de intervenção ou de restrição do direito fundamental em jogo. E por essa perspectiva,

uma medida estatal somente será reputada constitucional se for a menos restritiva, ou igualmente restritiva, dentre as comparadas<sup>311</sup>.

Por essa ótica, se a restrição do direito for hipoteticamente ser graduada numa escala de 1 a 10, ter-se-á, consoante exemplifica CIANCIARDO, o seguinte esquema:

Me = r (restrição) com grau 7
M1 = r 8
M2 = r 7
M3 = r 6

No exemplo apontado, se para além da medida estatal Me estiverem em comparação apenas as alternativas M1 e M2, logo que a medida Me superará o teste da necessidade, sendo pois necessária. O contexto pode assim ser representado:

**Quadro 3**

Medida de intervenção	Grau de eficiência do meio	Grau de afetação do direito	Conclusão comparativa
Medida estatal Me	8	7	Medida <u>necessária</u> porque não há alternativa igualmente eficaz e menos restritiva
Alternativa M1	5	8	Alternativa com menor eficiência e maior restrição em relação à medida estatal
Alternativa M2	8	7	Alternativa não difere em eficiência e afetação em relação à medida estatal
Alternativa M3	-	-	-

<sup>311</sup> CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004. p. 92.

Por outro lado, se também considerada a alternativa M3, a medida estatal Me não passará no teste da necessidade, porquanto existente uma alternativa menos restritiva ao direito afetado. O quadro é o seguinte:

**Quadro 4**

<b>Medida de intervenção</b>	<b>Grau de eficiência do meio</b>	<b>Grau de afetação do direito</b>	<b>Conclusão comparativa</b>
Medida estatal Me	8	7	Medida <u>desnecessária</u> porque há alternativa igualmente eficaz e menos restritiva
Alternativa M1	5	8	Alternativa com menor eficiência e maior restrição em relação à medida estatal
Alternativa M2	8	7	Alternativa não difere em eficiência e afetação em relação à medida estatal
Alternativa M3	9	6	Alternativa mais eficiente e menos restritiva em relação à medida estatal

Importa notar que se a medida estatal e a alternativa apresentarem idêntico grau de afetação do direito, há de prevalecer a escolha feita pelo Poder Público.

Em resumo, a concretização do teste da necessidade impõe que o juiz realize algumas verificações e indagações que lhe permitam aferir se há uma medida alternativa que, tanto quanto a medida estatal adotada, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo perseguido pelo Estado, mas que intervenha no direito fundamental em menor intensidade.

Por essa forma, primeiro deve perscrutar fática ou hipoteticamente quanto à existência de alternativas possíveis dotadas de aptidão para fomentar o fim pretendido pelo ato estatal.

Depois, deve aferir o grau de eficiência de todas as medidas para a prossecução do fim, tanto da adotada pelo Estado quanto das alternativas visualizadas, elaborando um escore argumentativo no qual se denote claramente em que intensidade o meio contribui para o fim em face de cada uma delas.

Em seguida, deve aquilatar qual a intensidade da intervenção operada pelas medidas estatal e alternativas no direito objeto de ingerência, elaborando uma graduação argumentativa na qual fique patente o quanto cada uma delas limita o direito fundamental.

Por último, deve comparar todas as medidas analisadas, quer estatal quer alternativas, primeiro excluindo as menos eficientes que a medida estatal, e depois identificando se há dentre as alternativas remanescentes alguma que seja menos gravosa que a adotada pelo Estado.

Se nenhuma alternativa for menos gravosa, resulta que a medida estatal terá superado o teste, sendo assim considerada necessária. Em sentido contrário, se houver alternativa menos limitadora do direito fundamental, a conclusão será no sentido de que a medida estatal é desnecessária e, por conseguinte, inconstitucional por ser desproporcional.

### **3.4.3. A proporcionalidade no sentido estrito, enquanto controle do excesso ou da insuficiência da medida estatal de intervenção nos direitos fundamentais**

Na doutrina e na jurisprudência não há controvérsia quanto à definição de que a terceira e última etapa de análise da máxima da proporcionalidade, consistente na sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito<sup>312</sup>, se destina a aferir se a medida estatal guarda uma relação razoável com o fim que propõe alcançar. E uma "relação razoável", segundo a posição dominante, seria o equilíbrio entre as vantagens e as desvantagens da medida estatal<sup>313</sup>.

Com efeito, no teste da proporcionalidade em sentido estrito, o juiz há de analisar se há uma relação de equilíbrio entre o sacrifício imposto e o benefício obtido. Sua análise, portanto, se desenvolve privativamente no âmbito da dimensão jurídica e sua principal função consiste em controlar o exagero ou a insuficiência da medida estatal.

Ao passo que os testes da adequação e da necessidade encerram uma análise da norma segundo a perspectiva do âmbito fático, ou melhor, das possibilidades fáticas da norma, a proporcionalidade em sentido estrito tem no aspecto jurídico o seu particular foco de apreciação, o que vai representar as possibilidades jurídicas da norma no caso concreto.

---

<sup>312</sup> A sub-regra da "proporcionalidade em sentido estrito" também é conhecida como "princípio da proporcionalidade em sentido restrito", cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997. p. 270.

<sup>313</sup> CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004. p. 93.

Daí porque ALEXY vai dizer que esse teste parcial expressa o sentido de otimização em relação aos princípios colidentes, que corresponde à realização mais ampla possível das possibilidades jurídicas, dimensão essa inerente à condição de mandamento de otimização dos princípios.

Muito embora existam autores que questionem a utilização dessa terceira etapa de análise da proporcionalidade<sup>314</sup> e assim o façam por entenderem que a adequação e necessidade são suficientes para se garantir a proporcionalidade do ato estatal e que o sopesamento realizado no exame da proporcionalidade em sentido estrito é responsável por uma elevada carga de subjetivismo, a nosso ver, a sua não consideração como método de controle das intervenções estatais sobre os direitos fundamentais leva, ao invés, a aceitar excessos<sup>315</sup> ou insuficiências na atuação do Estado.

Tal compreensão verte do fato de os testes da adequação e da necessidade focarem exclusivamente na aptidão para o fomento de um direito constitucional e no controle do meio menos interventivo, contudo sem controlar se esse mesmo meio afeta ou não desproporcionalmente o conteúdo protegido pelo direito afetado em comparação com a satisfação do bem ou interesse perseguido<sup>316</sup>, aspecto este só alcançado pela análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Por tal razão, segundo frisa Gilmar MENDES, referido teste estaria a assumir o papel de um controle de sintonia fina, a demonstrar a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão<sup>317</sup>.

---

<sup>314</sup> Como é o caso de Bodo Piero e Bernhard Schilink, a sustentarem que "uma tal pesagem e ponderação, no seio do TCF também designada como 'Jonglieren' (fazer equilíbrios), carece de padrões racionais e vinculativos". cf. PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book., parágrafo 303; Entre nós é o caso de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas S.A; 2014. p. 218.

<sup>315</sup> Sobre a questão, Jorge Reis Novais assinala que "mesmo com os perigos assinalados, a aplicação de um parâmetro de proporcionalidade às restrições aos direitos fundamentais é imprescindível na prevenção do excesso nas limitações da liberdade e no controlo da respectiva constitucionalidade". Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 182.

<sup>316</sup> Elucidativo o exemplo proposto por Jorge Reis Novais: "de facto, mesmo que, por hipótese, para evitar que uma criança furtasse fruta do pomar do vizinho não houvesse outro meio que não fosse disparar sobre ela - pelo que tal acto seria apto para atingir o fim e indispensável para evitar o furto -, ainda assim essa medida seria claramente excessiva, já que o sacrifício imposto era evidentemente desproporcionado face ao fim visado, seja ele o de punir, de prevenir ou de dissuadir", cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 182.

<sup>317</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade** – estudos de direito constitucional, 4ª ed. Ver e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p.76.



Sua metódica de análise é idêntica à lei do sopesamento, segundo a qual "quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro"<sup>318</sup>.

Por essa forma, na visão de CANOTILHO, o teste da proporcionalidade em sentido estrito deve ser entendido como um exame da "justa medida", em que meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de sopesamento, com o escopo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim, de maneira que se trata de uma questão de "medida" ou "desmedida" para se alcançar um fim: sopesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim<sup>319</sup>.

De acordo com Jorge Reis NOVAIS, quando se aprecia a proporcionalidade de uma intervenção estatal, avalia-se a relação entre o bem que se pretende proteger ou prosseguir com a restrição e o bem jusfundamentalmente protegido que resulta, em consequência, desvantajosamente afetado, de maneira que a observância ou a violação da proporcionalidade serão determinadas a partir da aferição da medida em que essa relação é considerada justa, adequada, razoável, proporcional<sup>320</sup>. Com efeito, trata-se de apreciar o desvalor do sacrifício imposto à liberdade, quando comparado com o valor do bem que se pretende atingir<sup>321</sup>.

Para Daniel SARMENTO e Cláudio Pereira SOUZA NETO, o teste da proporcionalidade em sentido estrito exige que a restrição ao direito ou ao bem jurídico infligida pela medida estatal seja compensada pela promoção do interesse contraposto. Para referidos juristas, constitui assim uma análise comparativa entre os custos e benefícios da medida examinada, realizada não sob uma perspectiva estritamente econômica, mas sob a ótica do sistema constitucional de valores<sup>322</sup>.

Ainda sobre esse tema, Virgílio Afonso da SILVA assenta que o exame da proporcionalidade em sentido estrito consiste em um sopesamento entre a intensidade da intervenção no direito fundamental atingido e a importância da realização do direito

---

<sup>318</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 593.

<sup>319</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997. p. 270.

<sup>320</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 178.

<sup>321</sup> Ibidem, p. 181.

<sup>322</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, história e método de trabalho**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012, edição digital. Capítulo 11.4.

fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva<sup>323</sup>, e tem como principal função evitar que medidas estatais, conquanto adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais em intensidade superior ao que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar<sup>324</sup>.

É assim, em suma, um teste destinado à verificação do custo-benefício da medida, que é determinada a partir do sopesamento entre os sacrifícios impostos ao direito fundamental e os benefícios alcançados na realização, pelo Estado, de outros bens e interesses constitucionalmente protegidos.

Sob essa ordem de ideias é que o juiz deve analisar se há uma relação de equilíbrio entre o sacrifício imposto e o benefício obtido ante as escolhas realizadas pelo Poder Estatal. Por exemplo, quando dois bens A e B entram em colisão, cabe ao legislador fazer a escolha entre esses bens e adotar uma medida que venha afetar o bem B. Se optou por A, segue que veio restringir B. Essa é a consequência prática das intervenções estatais.

Nesse compasso, se há uma dúvida quanto à constitucionalidade da medida estatal e o caso é levado à apreciação do juiz, a este não cabe fazer a escolha entre A e B. Se tal poder de escolha é transferido ao juiz, o risco de ativismo judicial se sucede. Nessa hipótese, o juiz irá disputar com o legislador as escolhas políticas.

Mas é preciso repisar para que fique bem claro: as escolhas políticas competem ao político. Ao juiz, de sua vez, compete não a melhor escolha, mas aquilo que não viole a Constituição, que atenda a proporcionalidade, enfim.

Por essa linha de raciocínio, quando se leva a questão ao Judiciário, não cabe ao juiz ponderar se esta ou aquela escolha foi a melhor. O que lhe compete fazer, em verdade, se resume a aferir se o sacrifício imposto é proporcional ao benefício alcançado.

Nesse sentido, a seguir os mesmos termos metódicos da lei do sopesamento, a otimização em relação aos princípios colidentes se desenvolve nos três passos seguintes: no primeiro, avalia-se o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios; no segundo, afere-se a importância de satisfação do princípio colidente; e no terceiro, comparam-se os resultados do primeiro e segundo passos para se aferir se a importância da satisfação do

---

<sup>323</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, 798, 2002. p. 40.

<sup>324</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 175.

princípio colidente, ou melhor, a promoção do bem jurídico favorecido, justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio<sup>325</sup>.

Compete notar que tal análise há de considerar o aspecto do peso abstrato, especificamente quanto ao grau de importância de um determinado direito, interesse ou bem jurídico do sistema constitucional, e o peso concreto dos interesses em disputa. Quanto ao peso abstrato, Daniel SARMENTO preleciona que a aferição deve levar em conta diversos elementos, dentre os quais o eventual tratamento conferido ao direito pelo texto constitucional, e a sua proximidade em relação aos valores mais fundamentais do conjunto de ideias do constitucionalismo democrático, especialmente a dignidade da pessoa humana, a igualdade e o Estado Democrático de Direito. No que se refere ao peso concreto dos interesses em contenda, o exame deve ter em conta que a medida estatal pode atingir os bens jurídicos em confronto em diferentes graus<sup>326</sup>.

No que concerne aos juízos sobre a intensidade da intervenção e graus de importância, Robert ALEXY propõe, assim como adotado na técnica da ponderação, uma escala em três níveis com as categorias "leve", "moderado" e "sério" para se alcançar um resultado racional por meio de um sopesamento<sup>327</sup>.

Como exemplo de aplicação deste exame, ALEXY cita o elucidativo caso BVerfGE 95,173, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, relativo às advertências em produtos de tabaco<sup>328</sup>. No caso em destaque, foi submetido àquela Corte Constitucional a questão relativa à intervenção estatal na liberdade profissional em face do dever imposto aos fabricantes de derivados de tabaco para imprimir em seus produtos informações sobre os riscos do fumo para a saúde, tendo como razão da medida a proteção da população contra os riscos à sua saúde. Para Alexy, esta medida é tranquilamente reconhecida dentro das categorias propostas como uma intervenção "leve" na liberdade profissional. Ressalva, porém, que outra seria a conclusão, como por exemplo no caso de uma medida que ensejasse na proibição total da comercialização dos derivados de tabaco, cuja hipótese seria considerada "séria", ou ainda, se consistisse numa proibição de máquinas automáticas de

---

<sup>325</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 594.

<sup>326</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, história e método de trabalho**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012. edição digital. Capítulo 11.4.

<sup>327</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 595.

<sup>328</sup> BVerfGE 95, 173, in **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**: Extratos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Traducción Marcela Anzola Gil, Emilio Maus Ratz. México: Konrad Adenauer Stiftung - Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2009. p. 347.

vendas de cigarros em conjunto com uma restrição à venda de produtos derivados de tabaco em determinados estabelecimentos, que, então, seria considerada "moderada". No âmbito das razões contrapostas, diante do reconhecimento do Tribunal Constitucional Federal alemão de que fumar causa câncer e doenças cardíacas e vasculares, observa que o peso das razões que justificam a intervenção é grande, razão por que as considera "fortes". E assim, arremata que no cotejo da leve intensidade da intervenção e do alto grau de importância da razão da intervenção, a "forte" razão para a intervenção justifica a "leve" ingerência<sup>329</sup>.

Por conseguinte, diante de uma situação concreta de ingerência estatal sobre um direito fundamental, deve o juiz realizar uma sequência de análise, com a seguinte linha de raciocínio: a) primeiramente, irá indagar qual o grau de não satisfação ou de afetação do direito fundamental submetido a intervenção estatal, utilizando-se das alternativas da escala "leve", "moderado" e "sério"; b) segundo, perscrutará o grau de importância da razão da intervenção estatal, também segundo a escala "leve", "moderado" e "sério"; c) por terceiro e última etapa de análise, comparará as razões de satisfação de determinados bens e interesses pretendido pelo Estado com o grau de afetação ou não satisfação do direito fundamental atingido pela medida estatal, respondendo se a ("leve", "moderada" ou "séria") importância das razões da intervenção estatal justifica ou não justifica a ("leve", "moderada" e "séria") intervenção sobre o direito fundamental.

Impera observar que, no nível de análise da terceira etapa da proporcionalidade, o exame tanto se presta a controlar o excesso quanto o *deficit* da medida estatal. Assim ocorre porque, a partir da aferição da relação razoável de equilíbrio entre o sacrifício imposto e o benefício obtido, ultima-se por determinar a fronteira cogente do âmbito de proteção do próprio direito fundamental sujeito da intervenção estatal. Aquilo que não preserva a justa medida, tanto poderá ser a expressão de excesso do ato estatal quanto do *deficit*.

Com efeito, se um ato estatal comissivo ou omissivo, conquanto adequado e necessário, venha afetar o equilíbrio interno de um direito *prima facie*, limitando para menos do seu conteúdo essencial ou deixando de realizá-lo minimamente, segue que a medida será tida inconstitucional por ser desproporcional.

No ponto, esse aspecto remete a uma importante questão tratada pelas teorias que pressupõem um "conteúdo essencial relativo" diretamente identificado com o

---

<sup>329</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 595.

que resulta do processo de aplicação da regra da proporcionalidade<sup>330</sup>. Na visão dessa tendência doutrinária, os direitos fundamentais têm um núcleo essencial que pode ser determinado em cada caso concreto segundo as condições fáticas e jurídicas verificadas mediante a regra da proporcionalidade, sendo aquele conteúdo essencial o resultado aferível por este método de controle.

Assim, quanto mais o direito for sacrificado e, portanto, quanto mais se aproximar do seu conteúdo essencial, seja este qual for, maior justificação será exigível para a medida de intervenção, maior há de ser o peso e importância do bem constitucional que se contrapõe.

Dessa forma, dizer que os direitos gozam de um conteúdo essencial significa, argumentativamente, que as razões a favor da limitação hão de ser tanto mais poderosas quanto mais lesivas resultem para o conteúdo do direito<sup>331</sup>.

Dito de outro modo, somente se pode afirmar ocorrente o excesso ou o *deficit* na intervenção estatal quando o ato do Poder Público vai além do "limite" passível de redução no âmbito de proteção do direito fundamental ou quando não atua de modo suficiente à sua promoção, ficando aquém do "limite" necessário a sua realização. E esse "limite" vai corresponder às fronteiras do "conteúdo essencial" do direito fundamental, dentro do qual há um âmbito de proteção já não mais sujeito a nenhuma restrição, sob pena de se reputar ocorrente a violação do direito. Saber onde está esse limite, por conseguinte, é a tarefa da regra da proporcionalidade, especialmente realizado pelo teste da proporcionalidade no sentido estrito.

De outro giro, não se ignora a existência de concepção doutrinária a atribuir à regra da proporcionalidade um sentido sinônimo de proibição do excesso<sup>332</sup>, ou ainda, a

---

<sup>330</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 198.

<sup>331</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. **La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades**. Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid: Debate, 1990. p.74

<sup>332</sup> Assim prefere Jorge Reis Novais, ao lecionar que "poucos domínios apresentam uma terminologia tão oscilante como a que se refere ao princípio da proibição do excesso, ou na aceção mais vulgarizada, às várias dimensões do princípio da proporcionalidade (...) Pode dizer-se que também, entre nós, por ventura por influência da teorização germânica, e apesar da referida oscilação semântica, tem feito progressivamente caminho uma distinção entre um sentido lato e um sentido restrito da proporcionalidade, procedendo-se, neste sentido, à subdivisão do princípio da proporcionalidade em sentido lato (ou, se se quiser, e como preferimos, o princípio da proibição do excesso) por três subprincípios, máximas ou elementos: a idoneidade (muitas das vezes sob a designação de adequação), a necessidade e a proporcionalidade em sentido restrito)", cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 161-162. E ainda, J.J. Gomes Canotilho: "posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), foi erigido à dignidade de princípio

assinalar a sub-regra da necessidade como equivalente a vedação do excesso e de insuficiência<sup>333</sup>.

Para esclarecimento do assunto, algumas considerações devem ser feitas.

Muito embora a "regra da proporcionalidade" resulte por revelar o exagero da medida estatal frente ao direito fundamental, não se afigura apropriado considerá-la tão simplesmente sinônimo de "proibição do excesso". Conceber tais conceitos com igual significação conduz a uma inconciliável dificuldade quando, para além de um controle a denotar a proibição do excesso, esteja em causa situação em que a proibição do *deficit* ou da insuficiência é a medida em análise.

A questão é que, a depender da natureza do direito fundamental, se positiva ou negativa, o exame da proporcionalidade se conduz alternativamente por duas linhas de análise e conclusão: a) para os casos em que estiver em causa um ato comissivo do Estado, o intérprete há de aferir se o ato estatal é adequado, necessário e proporcional, tendo em conta a proibição do excesso; ou b) para os casos em que ocorrer omissão do Estado, o intérprete deve apurar se a conduta estatal não realizada seria adequada, exigível e estritamente proporcional, tendo em conta a proibição da proteção deficiente.

Por essa ordem de ideias, ao passo que a "regra da proporcionalidade" é método de controle das intervenções estatais, a "proibição do excesso", assim como a "proibição do déficit", devem ser compreendidos como pressupostos teóricos dos deveres de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais.

### **3.5. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais como limite às intervenções estatais: proibição do excesso e proibição da insuficiência (*deficit*)**

Em linhas gerais, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais resulta por constituir um "limite" ao poder estatal de intervir no âmbito de proteção desses mesmos direitos, que assim passam a constituir um espaço já não sujeito a intervenções do Poder Público, como medida de salvaguarda do próprio direito. E é assim porque é do propósito desse elemento impedir intervenções inconstitucionais, garantindo, em última instância, a

---

constitucional (cfr. arts. 18.º/2, 19.º/4, 265.º e 266.º/2)", cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997. p. 267.

<sup>333</sup> Nesse sentido, sustenta George Marmelstein: "realmente, a doutrina, inspirada em decisões da Corte Constitucional alemã, tem apontado três dimensões desse princípio: a) a adequação, b) a necessidade ou vedação de excesso e de insuficiência e c) a proporcionalidade em sentido estrito", cf. MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 371.

eficácia do direito fundamental em causa, pelo que constitui uma barreira à eliminação de direitos por via de atos legislativos, administrativos ou judiciais.

Se por um lado não há dissenso acerca do caráter limitante dessa categoria dogmática, por outro não tem sido unívoca a interpretação dada pela doutrina e jurisprudência sobre como se dá a identificação desse espaço insuscetível de regulação.

Com efeito, a depender da concepção teórica adotada, o conteúdo essencial de determinado direito fundamental poderá apresentar diferentes extensões, sendo essa uma questão sensível em termos de limite às intervenções operadas pelo Estado, na medida em que só a partir da compreensão do que realmente possa significar esse âmbito hermeticamente protegido é que será possível concretizar a adequada proteção a esse mínimo essencial de funcionalidade e eficácia o direito.

Sob esse enfoque, controverte-se a doutrina sobre qual o sentido que se pode atribuir à proteção do núcleo essencial enquanto princípio. Duas posições se destacam quanto ao objeto de proteção: as que pregam uma teoria objetiva e as que defendem uma teoria subjetiva.

Para a corrente firmada na teoria objetiva, a proteção destina-se a manter intocado o valor contido em cada um dos preceitos que preveem direitos. A proteção do conteúdo essencial de um direito fundamental obsta intervenções que lhe retirem sentido para todos os indivíduos ou para a maior parte deles, ou, ainda, para a vida social. São, por outras palavras, a proteção da própria garantia constitucional de âmbito de vida de liberdade juridicamente ordenados e conformados, a subsistência dos próprios institutos jurídicos.

Por outra linha de pensamento, a da chamada teoria subjetiva, o postulado da proteção do núcleo essencial se traduz na proteção do conteúdo essencial de cada direito subjetivo. É, assim, a proteção do conteúdo essencial sob a perspectiva do titular do direito fundamental.

Muito embora, como adverte ALEXY, seja provavelmente mais fácil solucionar o problema da garantia do conteúdo essencial no âmbito de uma teoria objetiva do que no âmbito de uma teoria subjetiva, tal visão não é razão suficiente para desprezar essa última, uma vez que a natureza dos direitos fundamentais como direitos dos indivíduos milita, no mínimo, a favor de uma coexistência de uma teoria subjetiva e de uma teoria objetiva<sup>334</sup>.

---

<sup>334</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 297.

Quanto à natureza da proteção, especificamente sob a ótica da teoria subjetiva<sup>335</sup>, dois modelos se apresentam. No primeiro, desenvolvido pela denominada “teoria absoluta”, o núcleo essencial dos direitos fundamentais vem consistir numa unidade substancial autônoma, de plano posta a salvo de qualquer atuação do legislador, livre, portanto, de intervenções do Estado<sup>336</sup>.

Por essa concepção, o conteúdo essencial tem uma dimensão material certa, determinável em abstrato, estruturalmente autônoma. Seria assim, nas palavras de Vieira de Andrade, o “coração do direito”, que não poderia ser restringido sob pena de o direito deixar de existir<sup>337</sup>. O conteúdo essencial é compreendido “como uma grandeza fixa, independente do caso concreto e da questão concreta”<sup>338</sup>. Cada direito fundamental teria assim um núcleo não passível de qualquer intervenção, em hipótese alguma<sup>339</sup>.

A questão é que, tal como delineado, o modelo construído pela teoria absoluta continua sem uma resposta à indagação de como se pode determinar o mínimo essencial do conteúdo do direito fundamental, sem que se incorra numa fórmula vazia, como observa Gilmar MENDES<sup>340</sup>, haja vista a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de se demonstrar ou caracterizar em abstrato a existência desse mínimo essencial. E falhando no mister de identificar o núcleo essencial do direito fundamental, esse modelo pode até mesmo, em vez de obstar, impor sacrifício ao bem que tenciona proteger.

Outro modelo que se propõe determinar o núcleo essencial é o desenvolvido pela chamada “teoria relativa”. Por essa teoria, o conteúdo essencial do direito fundamental é determinado, em cada caso, por meio de processo de sopesamento entre meios e fins, a partir da relação entre o sacrifício imposto ao bem protegido e o benefício perseguido pela norma

---

<sup>335</sup> Segundo Robert ALEXYY, “a natureza dos direitos fundamentais como direitos dos indivíduos milita, no mínimo, a favor de uma coexistência de uma teoria subjetiva e de uma teoria objetiva. As teorias subjetivas acerca do conteúdo essencial podem ser absolutas ou relativas”. Cf. ALEXYY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 297.

<sup>336</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direito fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica. 2000. p. 243.

<sup>337</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Edições Almedina SA, 2006. p.283.

<sup>338</sup> PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book., parágrafo 314.

<sup>339</sup> ALEXYY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 298.

<sup>340</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade** – estudos de direito constitucional, 4ª ed. Ver e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p.59.



interventiva. A determinação do conteúdo essencial se dá em separado não só em relação a cada direito fundamental em concreto, como até mesmo a cada caso em si considerado<sup>341</sup>.

De acordo com essa concepção, o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento. Sob a perspectiva desse modelo teórico, os atos estatais que observem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se nada restar do direito fundamental no caso concreto, o que significa dizer que a garantia do conteúdo essencial corresponde à máxima da proporcionalidade<sup>342</sup>.

Segundo Gilmar MENDES, essa construção teórica também revela certa fragilidade na medida em que confere exagerada flexibilidade ao regime dos direitos fundamentais, descaracterizando-os como elementos centrais do sistema constitucional<sup>343</sup>.

A nosso ver, o modelo teórico do conteúdo essencial relativo, em contraposição ao modelo absoluto, é o que melhor se amolda à teoria dos direitos fundamentais, sobretudo por permitir a aferição dos limites do conteúdo jusfundamentalmente protegido a partir de um processo racional de controle da intervenção estatal, já que o conteúdo essencial é, sob essa perspectiva, aquilo que é aferido pela máxima da proporcionalidade.

De mais a mais, a considerar que a realização da norma *prima facie* de direito fundamental é levada a efeito em cada caso concreto, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, uma perspectiva relativa tende a ser mais consentânea com a teoria dos direitos fundamentais. Com efeito, sob o aspecto objetivo, os valores constitucionais, em abstrato, sempre estarão preservados. Por outro lado, sob o ângulo subjetivo relativo, o conteúdo essencial será, no caso concreto, o que emergir do sopesamento dos bens e interesses da comunidade frente ao interesse individual.

Por conseguinte, delineado numa dimensão relativa, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais resulta ao fim e ao cabo por constituir o próprio limite às intervenções estatais comissivas ou omissivas. Tanto constituirá a justificação para a proibição de intervenções excessivas sob o âmbito protegido dos direitos fundamentais,

---

<sup>341</sup> PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book., parágrafo 313.

<sup>342</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 297.

<sup>343</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade** – estudos de direito constitucional, 4ª ed. Ver e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p.60.

quanto a proibição de que tais intervenções sejam insuficientes para a proteção ou promoção desses mesmos direitos.

### **3.6. O controle da constitucionalidade material das intervenções estatais com inclusão da "regra da proporcionalidade": roteiros de análise.**

A partir das premissas teóricas anteriormente expostas, compete delinear de modo sistemático, a seguir, o roteiro de análise da constitucionalidade material das intervenções estatais para resolução de casos concretos, segundo uma série de quesitos inspirados nos roteiros desenvolvidos pela doutrina alemã, com inclusão da "regra da proporcionalidade" nesse arcabouço de exame<sup>344</sup>.

#### **3.6.1. Exame quanto à intervenção estatal comissiva, por meio de lei, em direitos fundamentais com dimensão negativa**

Quando estiver em causa uma "lei", o juiz deverá proceder às seguintes indagações:

1. As condutas reguladas pela lei situam-se no âmbito de proteção de um direito fundamental? Há ou não um direito fundamental alcançado pela medida estatal?
2. A lei intervém no âmbito de proteção do direito fundamental? Há ou não uma afetação do direito fundamental?
3. A intervenção promovida pela lei está justificada constitucionalmente? Há justificativa na Constituição para o Estado afetar o direito fundamental?
  - 3.1 A lei é formalmente válida segundo a regras de competência e procedimento?
  - 3.2 A lei é de aplicação geral?
  - 3.3 A lei está formulada em termos claros e concretos?

---

<sup>344</sup> Os roteiros propostos tomam como referência, em parte, a estrutura descrita por Bodo Pieroth e Bernhard Schilink cf. PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book., parágrafo 358; e, ainda, por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas S.A; 2014. p. 243.

3.4 A lei se ampara em alguma reserva legal autorizada pela Constituição ou decorrente da colisão de bens contrapostos?

3.5 É proporcional a intervenção promovida pela lei sobre o direito fundamental?

3.5.1 A medida adotada pela lei é adequada?

3.5.1.1 O fim almejado pela medida interventiva guarda conformidade com a Constituição, no sentido de se revelar adequado às suas disposições normativas?

3.5.1.2 O meio adotado pela medida interventiva é adequado para fomentar a realização do objetivo constitucional desejado?

3.5.2 A medida adotada pela lei é necessária?

3.5.2.1 Há outras medidas alternativas à medida estatal interventiva que poderiam ser utilizadas para a mesma finalidade, avaliando-se a adequação dos meios alternativos?

3.5.2.2 Qual o grau de eficiência da medida estatal interventiva, assim como das alternativas possíveis, em relação ao fim perseguido pelo Poder Público?

3.5.2.3 Qual o grau de intervenção da medida estatal, e das alternativas possíveis, em relação ao direito fundamental?

3.5.2.4 A comparar as medidas analisadas a partir de suas variáveis de "eficiência" do meio para o fim e "afetação" do meio em relação ao direito, com exclusão das menos eficientes, indaga-se: há dentre as alternativas remanescentes alguma que seja menos gravosa que a adotada pela lei?

### 3.5.3 A medida adotada pela lei é proporcional no sentido estrito?

- 3.5.3.1 Qual o grau de afetação do direito fundamental submetido a intervenção estatal? (a utilizar-se das alternativas da escala "leve", "moderado" e "sério")
- 3.5.3.2 Qual o grau de importância da razão da intervenção estatal? (também segundo a escala "leve", "moderado" e "sério")
- 3.5.3.3 A comparar as razões de satisfação de determinados bens e interesses pretendido pelo Legislador ao editar a lei com o grau de afetação do direito fundamental atingido pela medida estatal, deve indagar: a "leve", "moderada" ou "séria" importância das razões da intervenção estatal justifica ou não justifica a "leve", "moderada" e "séria" intervenção sobre o direito fundamental?

Se a resposta for concomitantemente "sim" aos quesitos 1 e 2 e "não" em algum dos subitens do quesito 3, haverá violação do direito fundamental, pelo que a medida interventiva será inconstitucional. E será especificamente considerada desproporcional, se a resposta for "não" em algum dos subitens do quesito 3.5.

Todavia, se a resposta a todos os subitens do quesito 3 for "sim", tratar-se-á de hipótese de restrição a direito fundamental, pelo que a medida interventiva será reputada constitucional e, ainda, proporcional.

Por outro lado, se a resposta for "não" a um dos itens 1 ou 2, a lei não constituirá nenhuma intervenção controlável pela regra da proporcionalidade.

### **3.6.2. Exame quanto à intervenção estatal comissiva, por meio de medida administrativa ou judiciária, em direitos fundamentais com dimensão negativa**

Quando estiver em causa uma "medida administrativa" ou "medida jurisdicional", o juiz deverá proceder às seguintes indagações:

1. As condutas a que se aplicam a medida administrativa ou jurisdicional situam-se no âmbito de proteção de um direito fundamental? Há ou não um direito fundamental alcançado pela medida estatal?
2. A medida administrativa ou jurisdicional intervém no âmbito de proteção do direito fundamental? Há ou não uma afetação do direito fundamental?
3. A intervenção promovida pela medida administrativa ou jurisdicional está justificada constitucionalmente? Há justificativa na Constituição para o Estado afetar o direito fundamental?
  - 3.1 A medida administrativa ou jurisdicional tem fundamento legal? Existe base legal constitucional para a medida?
  - 3.2 A medida aplica a lei numa interpretação conforme à Constituição e, em especial, aos direitos fundamentais?
  - 3.3 A medida está formulada em termos claros e concretos?
    - 3.3.1 É proporcional a intervenção promovida pela medida sobre o direito fundamental?
      - 3.3.1.1 A medida adotada é adequada?
        - 3.3.1.1.1 O fim almejado pela medida interventiva guarda conformidade com a Constituição, no sentido de se revelar adequado às suas disposições normativas?
        - 3.3.1.1.2 O meio adotado pela medida interventiva é adequado para fomentar a realização do objetivo constitucional desejado?
      - 3.3.2 A medida adotada é necessária?

- 3.3.2.1 Há outras medidas alternativas à medida estatal interventiva que poderiam ser utilizadas para a mesma finalidade, avaliando-se a adequação dos meios alternativos?
  - 3.3.2.2 Qual o grau de eficiência da medida estatal interventiva, assim como das alternativas possíveis, em relação ao fim perseguido pelo Poder Público?
  - 3.3.2.3 Qual o grau de intervenção da medida estatal, e das alternativas possíveis, em relação ao direito fundamental?
  - 3.3.2.4 Ao comparar as medidas analisadas a partir de suas variáveis de "eficiência" do meio para o fim e "afetação" do meio em relação ao direito, com exclusão das menos eficientes, indaga-se: há dentre as alternativas remanescentes alguma que seja menos gravosa que a adotada pelo ato estatal administrativo ou jurisdicional?
- 3.3.3 A medida adotada pela lei é proporcional no sentido estrito?
- 3.3.3.1 Qual o grau de afetação do direito fundamental submetido à intervenção estatal? (utilizando-se das alternativas da escala "leve", "moderado" e "sério")
  - 3.3.3.2 Qual o grau de importância da razão da intervenção estatal? (também segundo a escala "leve", "moderado" e "sério")
  - 3.3.3.3 Ao comparar as razões de satisfação de determinados bens e interesses da medida interventiva com o grau de afetação do direito fundamental atingido pela medida estatal, deve indagar: a "leve", "moderada" ou "séria" importância das razões da intervenção estatal justifica ou não justifica a "leve", "moderada" e "séria" intervenção sobre o direito fundamental?

Nesse roteiro, se a resposta for concomitantemente "sim" aos quesitos 1 e 2 e "não" em algum dos subitens do quesito 3, haverá violação do direito fundamental, pelo que a medida interventiva será inconstitucional. E será especificamente considerada desproporcional, se a resposta for "não" em algum dos subitens do quesito 3.3.

Em sentido contrário, se a resposta a todos os subitens do quesito 3 for "sim", tratar-se-á de hipótese de restrição a direito fundamental, pelo que a medida interventiva será reputada constitucional e, ainda, proporcional.

De outra forma, se a resposta for "não" a um dos itens 1 ou 2, a lei não constituirá nenhuma intervenção controlável pela regra da proporcionalidade.

### **3.6.3. Exame quanto à inação estatal, ou intervenção estatal omissiva, em direitos fundamentais com dimensão positiva**

Quando estiver em causa uma inação estatal, no caso de direitos fundamentais com dimensão positiva, o juiz deverá proceder às seguintes indagações:

1. O Estado omitiu-se de adotar uma determinada medida?
2. A medida estatal não adotada teria o condão de interferir no âmbito de proteção do direito fundamental prestacional de modo a contribuir para a sua satisfação?
3. Há justificativa na Constituição para o Estado não adotar a medida examinada?
  - 3.1 Existe base legal constitucional para a exigibilidade da medida que não foi adotada?
  - 3.2 É proporcional a inação estatal em relação à importância do direito fundamental não realizado no caso concreto?
    - 3.2.1 A inação do Estado é adequada?
      - 3.2.1.1 A inação do Estado guarda conformidade com a Constituição, no sentido de seu fim se revelar adequado às suas disposições normativas?
      - 3.2.1.2 A inação é adequada para fomentar a realização do objetivo constitucional desejado?

### 3.2.2 A inação do Estado é necessária?

- 3.2.2.1 Há medidas comissivas alternativas à inação estatal que contribuam para a satisfação do direito fundamental examinado?
- 3.2.2.2 Sob o prisma do fim constitucional que a motivou, bem como em relação à preservação de outros direitos e bens fundamentais pessoais e coletivos, qual o grau de eficiência da inação estatal e das alternativas comissivas possíveis?
- 3.2.2.3 Qual o grau de não satisfação do direito fundamental decorrente da inação estatal, e das alternativas possíveis?
- 3.2.2.4 Ao comparar as medidas omissivas e comissivas analisadas a partir de suas variáveis de "eficiência" para o fim constitucional e "grau de não satisfação" decorrente conduta estatal em relação ao direito, com exclusão das menos eficientes, indaga-se: há dentre as alternativas remanescentes alguma que seja menos gravosa ao direito fundamental que a inação estatal?

### 3.2.3 A inação estatal é proporcional no sentido estrito?

- 3.2.3.1 Qual o grau de não satisfação do direito fundamental submetido a inação estatal? (utilizando-se das alternativas da escala "leve", "moderado" e "sério")
- 3.2.3.2 Qual o grau de importância da razão da inação estatal? (também segundo a escala "leve", "moderado" e "sério")
- 3.2.3.3 Ao comparar as razões de inação estatal, baseadas na satisfação de determinados bens fundamentais de terceiros ou interesses da coletividade com o grau de não satisfação do direito fundamental, deve-se



indagar: a "leve", "moderada" ou "séria" importância das razões da inação estatal para a proteção de outros bens e interesses justifica ou não justifica a "leve", "moderada" e "séria" não satisfação do direito fundamental?

No esquema em descrição, se a resposta for concomitantemente "sim" aos quesitos 1, 2 e 3.1, resultará configurada uma omissão estatal passível de análise pela metódica da proporcionalidade. Nessa hipótese, caso a resposta seja "sim" ao item 3.2.2.4, ou "não" aos itens 3.2.1 (e seus subitens) ou 3.2.3.3, haverá violação do direito fundamental, pelo que a inação estatal será desproporcional e, portanto, inconstitucional.

Por outro lado, se a resposta for "não" ao item 3.2.2.4 e "sim" nos itens 3.2.1 (e seus subitens) e 3.2.3.3, tratar-se-á de hipótese de restrição a direito fundamental, pelo que a medida interventiva omissiva será reputada constitucional e, ainda, proporcional.

De outra forma, se a resposta for "não" a um dos itens 1 ou 2, inexistirá intervenção controlável pela regra da proporcionalidade.

## **Capítulo 4 - ANÁLISE DO CASO ELLWANGER: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À NÃO DISCRIMINAÇÃO**

### **4.1. Interpretação e aplicação do direito fundamental: subsunção, sopesamento e controle da proporcionalidade da intervenção estatal**

No julgamento do Habeas Corpus nº 82.424, o Supremo Tribunal Federal concluiu, pela maioria de sua Corte, que o paciente cometeu racismo em virtude de escrever, editar, divulgar e comercializar livros com conteúdo preconceituoso e discriminatório contra a comunidade judaica, sujeito assim às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade previstas no art. 5º, inc. XLII, da Constituição Federal.

Entendeu ainda a Corte, também por sua maioria, que o direito à livre expressão do pensamento e opinião não compreende o direito à edição e publicação de obras escritas a veicular ideias antissemitas, por constituir incitação ao *discrímen* e, conseqüentemente, ao racismo.

Segundo deflui do julgado, a Corte alcançou o sentido e alcance do conceito de racismo a partir de uma interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regem a sua formação e aplicação, sobretudo a partir da análise dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade - deste último decorre o princípio da não discriminação -, todos previstos nos artigos 1º, 3º e 5º da Carta Magna, *in verbis*:

**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

**III** - a dignidade da pessoa humana;

(...).

**Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...);

**IV** - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

(...)

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

**XLII** - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

(...)

Para além disso, entenderam também os juízes da Suprema Corte brasileira, por sua maioria, que a conduta do paciente no *habeas corpus* não corresponde ao legítimo exercício do direito fundamental à liberdade de expressão e opinião porque, não sendo esta absoluta, encontra limites morais e jurídicos definidos no seio da própria Constituição Federal.

Em assim a decidir, a Corte Constitucional brasileira chancelou o entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no sentido de reconhecer inexistente o direito à livre expressão e opinião do paciente para editar e publicar obras escritas que veiculem ideias antissemitas, por constituir incitação ao racismo.

Dessa forma, muito embora a conduta do paciente compreendesse ações que, em tese, pudessem fazer parte do âmbito passível de regulação pela norma sobre liberdade de expressão, ou seja, que o legislador pudesse recortar como algo permitido ou tolerado, a Suprema Corte veio interpretar que os atos praticados, tal como delineados, constituiriam conduta típica penal e não o legítimo exercício da livre manifestação do pensamento e opinião.

Em resumo, uma vez determinado o sentido e o alcance do conceito de racismo, concluiu o Supremo Tribunal Federal que o ato de editar e publicar obras com conteúdo antissemita incide no tipo penal de prática de racismo previsto no art. 20, caput, da Lei nº 7.716/89, conduta esta não albergada pela liberdade de expressão e opinião.

Conquanto o resultado da decisão colegiada não seja necessariamente um conjunto harmônico de votos, com argumentos que se agreguem perfeitamente em torno de uma conclusão, o debate hermenêutico sob a lente de diferentes métodos de aplicação das normas jurídicas, isto é, a subsunção e o sopesamento, abre um leque de investigação que nos leva a perscrutar como foi desenvolvida a análise da constitucionalidade da decisão judicial condenatória e sua repercussão no âmbito da liberdade expressão.

Uma observação importante convém fazer no que diz respeito às possíveis linhas de análise diante do caso concreto. Dado que está em causa uma decisão judicial condenatória que deu concretude a uma regra penal, cujo delito é assinalado na Constituição Federal como imprescritível, o exame acerca da correção da medida estatal contestada pode seguir por três distintos caminhos de análise, cumulativos ou não:

a) o primeiro, quando em exame a correção da interpretação e aplicação da regra penal. Na hipótese, indica-se a interpretação do enunciado normativo à luz da hermenêutica clássica e aplicação da norma segundo a lógica formal do método da subsunção. Se o enunciado da regra penal comportar várias interpretações, o seu sentido e alcance será determinado mediante os métodos literal, teleológico, histórico e sistemático. Se houver conflito entre duas ou mais regras que regulam o mesmo assunto, a atribuir a determinado fato consequências jurídicas opostas, a antinomia deve ser resolvida pelos critérios da hierarquia, da cronologia e da especialidade;

b) o segundo, quando em debate o sopesamento realizado pelo judiciário para solução de conflito de interesses marcados por uma colisão de direitos fundamentais firmados em normas-princípios. Nesse caso, a sindicância há de se realizar por meio da "técnica da ponderação";

c) o terceiro, quando estiver em exame a proporcionalidade da intervenção estatal sobre determinado direito fundamental, resultante de eventual sopesamento entre interesses constitucionais contrapostos (colisões de princípios ou outros bens e interesses constitucionais) feito pelos poderes legislativo, executivo ou judiciário. Nessa conjuntura, o controle da ingerência estatal há de ser realizado por meio da "regra da proporcionalidade".

Sem embargo à importância da aplicação da subsunção no caso em análise, a delimitação do objeto desta pesquisa nos guia a esquadrinhar, especificamente, os sopesamentos realizados pela Corte Constitucional brasileira sob o rótulo de "ponderação" e "proporcionalidade"

Nesse compasso, seguir-se-á adiante a investigar se os métodos adotados pelo Supremo Tribunal Federal para resolução do Caso Ellwanger equivalem, tal como anunciados no referido julgado, à ponderação e à máxima da proporcionalidade descritos na doutrina de Robert Alexy.

Para essa análise empírica, serão examinados todos os votos e, especialmente, aqueles nos quais houve direta referência ao fenômeno da colisão de

princípios jusfundamentais, à ponderação ou à proporcionalidade, tenham ou não os respectivos julgadores fundado a sua argumentação em alguma metódica de solução do conflito normativo ou de controle da intervenção estatal.

#### **4.2. Voto do ministro Moreira Alves, relator do *habeas corpus***

No voto proferido pelo ministro Moreira Alves, com um conteúdo de 19 laudas, ocupou-se o referido juiz da Corte a analisar o sentido e o alcance da expressão "racismo" para determinar se o paciente fora ou não condenado por crime de racismo, o que conduziria à declaração, ou não, da imprescritibilidade penal.

Para o ministro, que interpretou restritivamente o conceito de "racismo", excluindo de seu conteúdo a prática antissemita, o paciente não teria cometido o específico crime de racismo, mas tão somente tipo penal diverso não alcançado pela cláusula da imprescritibilidade penal, razão porque já estaria prescrita a punibilidade, nos termos da lei penal, motivo por que votou pela concessão da ordem de *habeas corpus*.

Na espécie, não desenvolveu o ministro nenhuma análise acerca de eventual colisão de direitos fundamentais ou ingerência estatal da condenação penal sob o âmbito da liberdade de expressão e opinião. Sua análise, portanto, ficou restrita à interpretação clássica e à subsunção.

#### **4.3. Voto do ministro Maurício Corrêa**

No voto de 39 laudas, o ministro Moreira Alves, numa investigação antropológica e sociológica do conceito de racismo, concluiu que a conduta do paciente consistiu ato de racismo, pelo que incidente a cláusula da imprescritibilidade penal. No ponto, chancelou a interpretação realizada pelo Tribunal de Justiça quanto ao conceito de racismo assim como a subsunção que conduziu a aplicação da regra penal.

Em acréscimo a sua argumentação, trouxe à baila o debate sobre a ingerência estatal no direito à liberdade de expressão e pensamento do paciente. Para o ministro, o acórdão condenatório não constituiu qualquer violação à liberdade de expressão e pensamento porque este direito não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas e deve ceder aos direitos à dignidade, à cidadania, à igualdade e à vida, que se relacionam

diretamente com os direitos humanos. Nesse sentido conduziu a decisão consoante excerto<sup>345</sup> que se transcreve:

76. Malgrado não seja fundamento do *writ*, penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5º, incisos IV e IX; e artigo 220). Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte).

77. Atos discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com alentado relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando possível contrapor-se uma norma fundamental a outra (CF, artigo 220, caput, *in fine*). A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o "direito à incitação ao racismo", até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra.

78. E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada "concordância prática", a que se refere a doutrina.

79. Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham a mira desse eventual risco.

80. Recentemente o Tribunal, ao apreciar a RCL 2040, Néri da Silveira, j. de 21.02.02 - caso Glória Trevi -, ao analisar a possibilidade de autorizar-se exame de DNA em placenta da parturiente para fins de investigação de paternidade, determinou a realização do ato, uma vez que entendeu existente a prevalência de um direito fundamental sobre o outro, tal como ocorre na espécie.

81. Cuida-se, no caso, de direitos fundamentais que devem prevalecer exatamente porque se relacionam diretamente com os direitos humanos, no caso, grafe-se, não tanto pelo delito já confessado pelo paciente, mas para que a discriminação cometida não se apague da memória do povo.

Dos argumentos em destaque, extrai-se que a conclusão do ministro Maurício Correa, no sentido de que não houve violação à liberdade de expressão, foi baseada nas seguintes proposições:

---

<sup>345</sup> Cf. páginas 584-585 dos autos do Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

a) colisões entre direitos fundamentais ocorrem e podem ser solucionadas mediante uma ponderação de bens e interesses, com o escopo de se determinar o direito prevalecente;

b) há um aparente conflito normativo no caso Ellwanger entre o direito à liberdade de expressão do paciente e os direitos à dignidade, à cidadania, à igualdade e à vida de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras;

c) os direitos à dignidade, à cidadania, à igualdade e à vida devem prevalecer sobre a liberdade de expressão porque se relacionam diretamente com os direitos humanos;

d) a liberdade de expressão, enquanto direito individual, não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas.

Ao examinar essas proposições, constata-se que o foco de análise foi dirigido não à questão de eventual ingerência estatal sobre o direito fundamental à liberdade de expressão, mas sobre a colisão de outros bens e interesses igualmente protegidos pela Constituição Federal em face daquele mesmo direito, circunstância a exigir a realização da técnica da ponderação.

De acordo com essa análise, os direitos à dignidade, à cidadania, à igualdade e à vida têm precedência sobre a liberdade de expressão porque se relacionam diretamente com os direitos humanos e porque a liberdade de expressão, enquanto direito individual, não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas.

O raciocínio, contudo, encerra alguns problemas.

O primeiro problema está na concepção de que os direitos à dignidade, à cidadania, à igualdade e à vida, liberdade de expressão se relacionam diretamente com os direitos humanos, como que a excluir a liberdade de expressão desse contexto. Tanto o direito à liberdade de expressão quanto os demais direitos defluem de um mesmo arcabouço, que tem no cimo a dignidade da pessoa humana, sendo este constitucionalmente reconhecido como "princípio dos princípios"<sup>346</sup>. Nesse passo, não se apresenta exato o argumento de que um direito deve prevalecer porque está mais diretamente ligado aos direitos humanos do que o outro.

---

<sup>346</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**: Volume I -Dignidade e Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina. 2015. p. 19

De mais a mais, como observa Antonio Enrique PEREZ LUÑO, há uma certa tendência a diferenciar os conceitos "direitos humanos" e "direitos fundamentais", a exemplo do que se observa na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950. De acordo com a Convenção Europeia, a denominação "direitos fundamentais" fica reservada para designar os direitos humanos positivados a nível interno, ao passo que a expressão "direitos humanos" é mais usual no plano das declarações e convenções internacionais<sup>347</sup>.

O segundo problema verificado diz com o fato de se afirmar, *a priori*, que a liberdade de expressão, enquanto direito individual, não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas.

Ora, de duas asserções, uma há de ser válida. Ou se considera que há direitos fundamentais em colisão, a exigir o sopesamento, ou se considera que já houve o sopesamento dos bens e interesses em jogo. Esta última opção se evidencia como a que se ajusta ao caso.

Na espécie, trata-se de sopesamento já realizado pelos legisladores constituinte e ordinário ao estatuírem que a conduta descrita como "racismo" consiste em figura típica penal, a preceder sobre outros direitos, tais como a liberdade de expressão, passível da respectiva sanção à liberdade individual de ir e vir.

Percebe-se bem a existência de regra de natureza penal. Nesse domínio, portanto, não há sopesamentos a realizar. A ponderação já fora levada a efeito pelo legislador no âmbito de sua liberdade de conformação. Nessa hipótese, ao Judiciário resulta tão somente a possibilidade de sindicar a constitucionalidade da proporcionalidade das medidas resultantes do sopesamento já realizado.

Por outra ótica, mesmo que fosse o caso de se conferir a integridade e correção do sopesamento, percebe-se que a estrutura argumentativa não se houve com a técnica da ponderação, tal como já delineada neste trabalho a partir da lei do sopesamento.

---

<sup>347</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9ª edición. Madrid: Tecnos. 2005. p. 33.



#### 4.4. Voto do ministro Celso de Mello

De sua vez, no voto de 24 laudas, o ministro Celso de Mello começa por reconhecer a controvérsia sobre a subsunção da prática de antissemitismo à noção de racismo, segundo prevista na lei de regência. Discorre o ministro que a noção de racismo não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, mas se projeta numa dimensão abertamente cultural e sociológica. Daí conclui correto considerar a prática antissemita como racismo.

Acresce, por outro lado, que tal prática - o antissemitismo - não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão. Segundo o ministro, as publicações que extravasam para o estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus não merecem a proteção assegurada pela liberdade de expressão do pensamento, pois esta não pode compreender no seu âmbito manifestações revestidas de ilicitude penal. Eis o excerto do voto<sup>348</sup>:

Nem se diga, finalmente, que a incitação ao ódio público contra o povo judeu estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.

É que publicações - como as de que se trata esta impetração - que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal.

Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio racial - veiculadas com evidente superação dos limites da crítica política ou da opinião histórica - transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional.

Esta Suprema Corte, por mais de uma vez, ao pronunciar-se sobre a extensão dos direitos e garantias individuais, fez consignar a seguinte advertência, que cumpre ser relembrada:

"Não há no sistema constitucional brasileiro direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legítimas ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

---

<sup>348</sup> Cf. páginas 628-633 dos autos do Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

O Estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros." (RTJ 173/805-810, 807-808, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno)

É inquestionável que o exercício concreto da liberdade de expressão pode fazer instaurar situações de tensão dialética entre valores essenciais, igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, dando causa ao surgimento de verdadeiro estado de colisão de direitos, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, a reclamar solução que, tal seja o contexto em que se delineie, torne possível conferir primazia a uma das prerrogativas básicas, em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição.

O caso ora exposto pela parte impetrante, no entanto, não traduz, a meu juízo, a ocorrência, na espécie, de situação de conflituosidade entre direitos básicos titularizados por sujeitos diversos.

Com efeito, há, na espécie, norma constitucional que objetiva fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações racistas, disseminar, criminosamente, o ódio contra outras pessoas, mesmo porque a incitação - que constitui um dos núcleos do tipo penal - reveste-se de caráter proteiforme, dada a multiplicidade de formas executivas que esse comportamento pode assumir, concretizando, assim, qualquer que tenha sido o meio empregado, a prática inaceitável do racismo.

Presente esse contexto, cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.

Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, "hic et nunc", em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina (...)

Isso significa, em um contexto de liberdades aparentemente em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, utilizando-se, esta Corte, do método - que é apropriado e racional - da ponderação de bens e valores, de tal forma que a existência de interesse público na revelação e no esclarecimento da verdade, em torno de supostas ilicitudes penais praticadas por qualquer pessoa basta, por si só, para atribuir, ao Estado, o dever de atuar na defesa de postulados essenciais, como o são aqueles que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, com inaceitável ofensa aos valores da igualdade e da tolerância, especialmente quando as

condutas desviantes culminem por fazer instaurar tratamentos discriminatórios fundados em ódios raciais.

Irretocável, sob tal aspecto, a decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, ao manifestar-se sobre a necessidade de se "controlarem os abusos da liberdade de expressão, mediante o exercício da jurisdição", deixou assentado que é "inaceitável que se deixe de punir a manifestação da opinião, quando transparece evidente e cristalina a intenção de discriminar raça, credo, segmento social ou nacional, ainda que sob o manto de mera "revisão da história"".

Como se vê, o ministro Celso de Mello assinala algumas questões fundamentais que serviram de premissas para o seu decidir:

a) a colisão entre as liberdades aparentemente em conflito há de ser equacionada mediante o método da ponderação de bens e valores, desde que respeitado o conteúdo essencial dos direitos fundamentais;

b) o exercício concreto da liberdade de expressão pode instaurar estado de colisão de direitos ante o confronto com outras liberdades de idêntica estatura jurídica;

c) os postulados da igualdade e da dignidade humana são limitações externas à liberdade de expressão;

d) as publicações com discurso de ódio não merecem a dignidade da proteção constitucional da liberdade de expressão;

e) manifestações revestidas de ilicitude penal não estão compreendidas no âmbito de proteção da liberdade de expressão;

f) o caso analisado não constitui situação de conflituosidade entre direitos básicos titularizados por sujeitos diversos.

Do que se extrai das premissas ora expostas, o ministro parte do pressuposto teórico de que há colisões entre direitos fundamentais fundados em normas-princípio; bem assim que tais direitos não são absolutos e podem ser restringidos, a ser assim um direito *prima facie* não limitado, que após a imposição de restrições vem se converter num direito definitivo. Reconhece também que é possível uma restrição decorrente de uma colisão com outros direitos de igual estatura constitucional ou outros bens e interesses igualmente tutelados pela Constituição e nesse caso a ponderação é o método adequado para a solução do conflito normativo.

Sob a perspectiva do ministro, a análise do caso diz respeito sobre colisão de bens e interesses, particularmente quanto aos princípios da liberdade de expressão de um lado e de outro a igualdade e a dignidade humana. Esta a razão porque exigível a ponderação para resolução da questão submetida à apreciação da Corte.

Apesar da concepção teórica adotada, não se verifica nenhum exame concreto do conflito normativo à luz da técnica da ponderação, então consistente num sopesamento que se decompõe em um método de três passos, segundo exposto neste trabalho. Com efeito, não houve avaliação do grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios; não houve avaliação da importância da satisfação do princípio colidente; nem muito menos se avaliou se a importância de satisfação do princípio colidente justificaria a afetação ou a não satisfação do outro princípio.

Em verdade, houve tão somente conclusões lineares quanto ao fato de ser a prática antissemita ou o discurso do ódio aos judeus não protegidas constitucionalmente no âmbito de proteção da liberdade de expressão, assim como todas aquelas manifestações que encerrem um ilícito penal.

Daí que, conquanto aponte a ponderação como instrumento de solução da colisão, sopesamento algum foi realizado no caso concreto.

Para além disso, expõe o ministro um argumento circular de que não são protegidas constitucionalmente as condutas que constituam ilícito penal. De fato, se é um tipo penal, isso significa que o legislador já fez o sopesamento entre bens e interesses constitucionais, de modo que, em determinadas circunstâncias, certas condutas são vedadas pelo ordenamento jurídico, o que ao fim e ao resto constitui uma restrição ao âmbito protegido de um direito.

A questão é se o que está em causa é realmente o exame da colisão entre direitos ou outros bens e interesses constitucionais ou se o controle da ingerência estatal no âmbito de um direito fundamental.

Para o ministro Celso de Mello, trata-se de colisão e, como tal, o conflito tem solução no método da ponderação, muito embora deixe evidente que está a conferir a constitucionalidade da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o que em última instância seria controlar a intervenção estatal operada sobre a liberdade de expressão mediante o exercício da jurisdição.

Demais disso, é tecnicamente equivocada a menção a um suposto conflito aparente de princípios. Primeiro, porque o termo "conflito" deve ser utilizado nas situações de antinomias entre regras, ao passo que nos casos a envolver princípios a terminologia correta é "colisão". Segundo, porque a metódica de aplicação destas normas (sopesamento) pressupõe a existência de ingerências concretas de um princípio em outro. Logo, não há que se falar de conflito ou colisão aparente entre princípios.

#### **4.5. Voto do ministro Gilmar Mendes**

Por seu turno, o ministro Gilmar Mendes, em um voto de 35 laudas, inicia por examinar o alcance do termo "racismo" empregado pelo constituinte no art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, o que seria essencial para se considerar imprescritível a conduta antissemita atribuída ao paciente. Em sua análise, conclui que, sob a perspectiva histórica, sociológica e cultural, o conceito jurídico de racismo inclui o antissemitismo.

Para além da interpretação do conceito de "racismo" e da correspondente subsunção do tipo penal, aduz o ministro quanto à necessidade de se conferir se a decisão condenatória, ao enquadrar a conduta do paciente como racismo, atendeu à máxima da proporcionalidade. E sob esse enfoque, após exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conclui que a decisão condenatória passa nos testes da proporcionalidade, pelo que constitucional, portanto. Nesse sentido o excerto<sup>349</sup> do voto:

Que, em tese, é possível o livro ser instrumento de crime de discriminação racial, não parece haver dúvida. As decisões de Cortes européias a propósito da criminalização do "holocaust Denial" confirmam-no de forma inequívoca (Cf. Boyle, Hate Speech, cit., p. 498). É certo, outrossim, que a história confirma o efeito deletério que o discurso de intolerância pode produzir, valendo-se dos mais diversos meios ou instrumentos.

É verdade, ainda que a resposta possa ser positiva, como no caso parecer ser, que a tipificação de manifestações discriminatórias, como racismo, há de se fazer com base em um juízo de proporcionalidade. O próprio caráter aberto - diria inevitavelmente aberto - da definição do tipo, na espécie, e a tensão dialética que se coloca em face da liberdade de expressão impõem a aplicação do princípio da proporcionalidade.

(...)

O princípio da proporcionalidade

Nesse contexto, ganha relevância a discussão da medida de liberdade de expressão permitida sem que isso possa levar à intolerância, ao racismo, em

---

<sup>349</sup> Cf. páginas 655-671 dos autos do Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

prejuízo da dignidade humana, do regime democrático, dos valores inerentes a uma sociedade pluralista.

(...)

É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos.

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um "limite do limite" ou uma "proibição de excesso" na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986), coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo - tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.

(...)

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ("A proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2ª ed., Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999, p. 72), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Registre-se, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário, tal como lembra Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, Almedina, 2ª ed., p. 264).

No caso concreto, poder-se-ia examinar se a decisão condenatória ao enquadrar, como racismo, a conduta do paciente e, portanto, imprescritível, atendeu às máximas do princípio da proporcionalidade.

A Corte constitucional alemã entende que as decisões tomadas pela Administração ou pela Justiça com base na lei eventualmente aprovada pelo Parlamento submetem-se, igualmente, ao controle de proporcionalidade. Significa dizer que qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de mostrar compatível com o princípio da proporcionalidade (Schneider, Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle, cit., 403).

Essa solução parece irrepreensível na maioria dos casos especialmente naqueles que envolvem normas de conformação extremamente aberta (cláusulas gerais; fórmulas marcadamente abstratas) (Jakobs, Michael, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Colonia, 1985, p. 150). É que a solução ou fórmula legislativa não contém uma valorização definitiva de todos os aspectos e circunstâncias que compõem cada caso ou hipótese de aplicação.

(...)

Diante de tais circunstâncias, cumpre indagar se a decisão condenatória atende, no caso, às três máximas parciais da proporcionalidade.

É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do pluralismo político (art. 1º, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5º, XLII).

Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão.

Tal como anotado nos doutos votos, não se trata aqui sequer de obras revisionistas da história, mas de divulgação de ideias que atentam contra a dignidade dos judeus. Fica evidente, igualmente, que se não cuida, nos escritos em discussão, de simples discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra os judeus. Ainda assim, o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul agiu com cautela na dosagem da pena, razão pela qual também aqui a decisão atende ao princípio da "proibição do excesso".

A decisão atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo

constituente à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcedível para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.

Assim, a análise da bem fundamentada decisão condenatória evidencia que não restou violada a proporcionalidade.

As premissas do voto do ministro Gilmar Mendes, relativamente à análise da intervenção estatal sobre a liberdade de expressão, consistem no seguinte:

a) a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria ideia de igualdade;

b) a tipificação de manifestações discriminatórias, como racismo, há de se fazer com base em um juízo de proporcionalidade;

c) a liberdade de expressão não é absoluta e encontra limites no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista;

d) a máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima do direito fundamental;

e) na aplicação do princípio da proporcionalidade há de se perquirir se o ato impugnado se afigura adequado, necessário e proporcional em sentido estrito;

f) a condenação do paciente é medida adequada para se alcançar o fim de salvaguardar uma sociedade pluralista, na qual reine a tolerância;

g) a decisão condenatória é medida necessária, porquanto ausente outro meio menos gravoso e igualmente eficaz a partir da própria definição constitucional, que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática de racismo;

h) a decisão atende ao princípio da "proibição do excesso" porque o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul agiu com cautela na dosagem da pena;

i) a decisão condenatória atende ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito porque é inegável que a liberdade de expressão não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência. Ademais, inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional estariam sacrificados na hipótese de se dar amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.



Diferentemente dos ministros que o antecederam na sessão de julgamento, Gilmar Mendes desenvolve um raciocínio acerca da proporcionalidade da intervenção estatal, aspecto que segundo ele teria o condão de afetar a tipicidade da conduta do paciente.

Assim aduz porque a conduta que daria ensejo à caracterização do delito de racismo foi realizada *prima facie* sob o manto da liberdade de expressão, circunstância que deve ser aferida para se determinar o seu limite e consequentemente a proporcionalidade da medida estatal de contenção desse direito sobre outros bens e interesses protegidos constitucionalmente.

A conferir, *pari passu*, a metódica de análise desenvolvida pelo ministro, há de se escrutinar, primeiramente, se a medida jurisdicional adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul interveio no âmbito de proteção do direito fundamental de liberdade de expressão.

A resposta encontrada pelo ministro foi desenganadamente positiva. Sob a ótica de um suporte fático amplo, as manifestações de antissemitismo realizadas por meio de edição e publicação de obras escritas seriam, *prima facie*, condutas situadas no âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão. No ponto, assim considerou o ministro, quando assinala a problemática do discurso do ódio no âmbito da liberdade de expressão, aspecto sensível e caro para o sistema democrático e a própria ideia de igualdade. E por essa perspectiva a medida estatal de cunho jurisdicional condenatório a impor sanção de natureza penal ao autor e editor dos escritos estaria a afetar o direito fundamental à liberdade de expressão e mais ainda por recolher as obras editadas e proibir a venda e circulação.

No passo seguinte, há de perscrutar se essa intervenção jurisdicional está justificada constitucionalmente, se existe base legal constitucional para a decisão condenatória, se aplica a lei numa interpretação conforme a Constituição, em termos claros e concretos, e de modo proporcional.

Como pontuou o ministro em seu voto, o caráter aberto do tipo penal de racismo entra em tensão dialética com a liberdade expressão, circunstância a exigir o controle da atuação estatal por meio da aferição da proporcionalidade.

Nesse contexto, patente que a condenação a sanção penal tem fundamento na Constituição Federal, especificamente nos seus arts. 3º, inciso, IV e 5º, inciso XLII, e na Lei nº 7.716/89, art. 20, *caput*, normas a prever a tipificação do racismo.

Não há dúvidas quanto aos termos e propósitos da decisão jurisdicional, para além de fazer cumprir a lei e a Constituição, em combater a discriminação racial e promover a igualdade mediante sanção penal restritiva de liberdade de ir e vir e outras medidas tais como a apreensão das obras editadas, reputadas instrumento da prática criminosa.

Sob o crivo dos testes da proporcionalidade, assinalou o ministro que a medida estatal seria adequada para se alcançar o fim de salvaguardar uma sociedade pluralista e tolerante. E, assim, estar-se-ia a assegurar a posição do Estado no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político, o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo que rege o Brasil nas suas relações internacionais e a norma que estabelece ser o racismo um crime imprescritível.

De fato, sob a perspectiva descrita pelo ministro Gilmar Mendes, não pairam dúvidas de que a medida estatal condenatória é adequada. Primeiro, porque o fim almejado guarda conformidade com a Constituição Federal. Segundo, porque o meio adotado - a condenação do autor da conduta antissemita - é adequado para fomentar a realização do objetivo constitucional desejado de combater a discriminação racial, promover a igualdade e, em última instância, a dignidade da pessoa humana.

Expôs também o ministro que a decisão condenatória fora necessária por estar ausente outro meio menos gravoso e igualmente eficaz, dado que foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo.

Sob a lente do teste da necessidade, realmente já não haveria de se cogitar medidas alternativas à medida estatal interventiva, uma vez que firmada em disposição legal de natureza penal e constitucional que prevê medida única, sem alternativas à atuação jurisdicional. No caso, não poderia o estado-juiz se arvorar de legislador e estatuir medida alternativa à norma penal que tem natureza cogente, dado que tais escolhas foram realizadas pelo legislador no âmbito de sua ampla liberdade de conformação legislativa.

Nesse compasso, por imposição do princípio da legalidade, não caberia ao juiz comparar meios alternativos, porquanto não possíveis na espécie. Uma vez ocorrente o suporte fático da norma penal, a sanção é consectário lógico. Resulta assim compreender necessária a medida condenatória, por não haver outras medidas mais eficientes para fomentar o fim perseguido pelo Poder Público e menos onerosas ao direito fundamental à liberdade de expressão.

Quanto ao teste da proporcionalidade em sentido estrito, entendeu o ministro que inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta à liberdade de expressão, pelo que esse direito não protege a intolerância racial e o estímulo à violência.

Malgrado refira sobre a proporcionalidade estrita, não se vislumbra na análise destacada pelo ministro o exame do sopesamento das possibilidades jurídicas em três etapas, a saber: a) o grau de afetação do direito fundamental submetido a intervenção estatal; b) o grau de importância da razão da intervenção estatal; c) o comparativo das razões de satisfação dos bens e interesses da medida interventiva com o grau de afetação do direito fundamental atingido pela medida estatal.

Assim, muito embora não tenha levado a efeito o teste integral da proporcionalidade, conclui o ministro Gilmar Mendes que a decisão condenatória é proporcional.

Uma última observação diz com a afirmação do ministro de que a decisão condenatória do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul atende ao princípio da "proibição do excesso". É que o ministro trata a questão dentro do contexto da submáxima da necessidade, quando em verdade a cláusula da proibição do excesso resulta do entendimento de que há limites à limitação dos direitos fundamentais e esses limites residem no conteúdo essencial de tais direitos que não podem ser afetados sob pena de se reputar desproporcional a medida interventiva por excessiva, daí a expressão de proibição do excesso. Nesse sentido, não em relação ao teste da necessidade, a cláusula da proibição do excesso está diretamente ligada à preservação do conteúdo essencial do direito fundamental afetado e sua observância é determinada a partir do controle da intervenção da medida estatal pela "regra da proporcionalidade" em sentido amplo.

#### **4.6. Voto do ministro Carlos Velloso**

Em voto de 15 laudas, o ministro Carlos Velloso assentou que a conduta do paciente, no publicar e escrever livros hostis aos judeus, implicou a prática de racismo, incidindo assim em delito grave, imprescritível, previsto no art. 5º, inc. XVLL, da Constituição Federal e na Lei nº 7.716/89, art. 20.

Além disso, entendeu que a incitação ao ódio público contra o povo judeu não estaria protegida pela liberdade de expressão porque as publicações realizadas pelo paciente têm caráter panfletário, a estimular a intolerância contra a comunidade judaica, e porque no aparente conflito de direitos fundamentais, a questão se resolve pela prevalência do direito que melhor realiza o sistema de proteção dos direitos e garantias inscrito na Constituição. Assim consta no voto, cujo excerto<sup>350</sup> se transcreve:

Também eu, na linha do voto do Ministro Celso de Mello, entendo "que a incitação ao ódio público contra o povo judeu" não "estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão."

A uma, porque as publicações não se comportam no campo estritamente científico, mas adquirem, conforme vimos, caráter panfletário, estimulando a intolerância. Não podem, portanto, ser consideradas obras que contribuem para o aperfeiçoamento do conhecimento humano. Ao contrário, porque têm caráter panfletário, ideológico, em termos de raça, degradam esse conhecimento, preconizando tratamento hostil contra a comunidade judaica. A duas, porque, se se tem conflito aparente de direitos fundamentais, a questão se resolve pela prevalência do direito que melhor realiza o sistema de proteção dos direitos e garantias inscrito na Lei Maior.

Foi o que sustentei, no antigo Tribunal Federal de Recursos, nos EAC 39.153/SC (Rev. do T.F.R. 67/31) e, nesta Corte, no RE 111.787/GO (RTJ 136/1.292).

É indubitoso que a Constituição brasileira consagra a liberdade de expressão, que se consubstancia nas liberdades de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e a liberdade de imprensa (C.F., art. 5º, IV e IX; art. 220). Não é menos certo, entretanto, que não há direitos absolutos. Ora, não pode a liberdade de expressão acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidade contra grupos humanos, manifestações racistas, considerado o racismo nos termos anteriormente expostos, manifestações atentatórias à dignidade humana e a direitos fundamentais consagrados na Constituição, manifestações racistas que a Lei Maior repudia (CF., art. 4º, VIII; art. 5º, XLII).

A liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito que adotamos - CF., art. 1º, III - ainda mais quando essa liberdade de expressão apresenta-se distorcida e desvirtuada.

Com efeito, as proposições que levaram à conclusão do ministro Carlos Velloso são as seguintes:

a) não há direitos fundamentais absolutos e isso é aplicável à liberdade de expressão;

---

<sup>350</sup> Cf. páginas 688-689 dos autos do Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

b) o conflito aparente de direitos fundamentais é solucionado pela prevalência do direito que melhor realiza o sistema de proteção dos direitos e garantias previsto na Constituição;

c) manifestações racistas são atentatórias à dignidade humana e a direitos fundamentais consagrados na Constituição;

d) a liberdade de expressão não pode acobertar manifestações preconceituosas, racistas e que incitam à prática de atos de hostilidade contra grupos humanos;

e) a liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, ainda mais quando distorcida e desvirtuada;

f) as publicações com incitação ao ódio público contra o povo judeu não estão protegidas pela liberdade de expressão porque têm caráter panfletário, ideológico, a estimular a intolerância, preconizando tratamento hostil contra a comunidade judaica.

Conquanto não cite expressamente, é possível extrair dos argumentos expostos pelo ministro a concepção de que os direitos fundamentais têm natureza de princípios e são assim mandamentos de otimização passíveis de colisão e de restrição ao seu conteúdo protegido.

Apesar de cogitar que uns princípios podem ter de ceder em face de outros bens e interesses que, no caso concreto, tenham maior peso, a restringir o direito fundamental, não se entrevê na argumentação qualquer referência a métodos de sopesamentos nem muito menos à técnica da ponderação ou à regra da proporcionalidade.

Sem realizar sopesamentos, o ministro anuncia diretamente as conclusões de que a liberdade de expressão não pode acobertar manifestações discriminatórias ou, ainda, que tal direito não pode se sobrepor à dignidade da pessoa humana.

Trata-se, como se vê, de exame linear, não estruturado em sopesamentos, baseado tão somente em pré-concepções de valor.

#### **4.7. Voto do ministro Nelson Jobim**

Por seu turno, no voto de 53 laudas, o ministro Nelson Jobim identificou como controvérsia a condição de imprescritibilidade, ou não, para o delito de discriminação contra judeus. E concluiu que a norma constitucional não se dirige apenas à discriminação contra o negro, mas ainda contra o povo judeu, o que caracterizaria a conduta do paciente como racismo, crime inafiançável e imprescritível.

De outra parte, não desenvolveu o ministro nenhuma análise sobre eventual ingerência da decisão condenatória no âmbito de proteção da liberdade de expressão do paciente. Sua argumentação seguiu na trilha da interpretação clássica e da aplicação por subsunção.

#### **4.8. Voto da ministra Ellen Gracie**

A ministra Ellen Gracie, de sua vez, no voto de 7 laudas, ao tecer comentários sobre raça e acerca da extensão do conceito de racismo, conclui quanto a prática do delito pelo paciente, alinhando-se à divergência para denegar a ordem de *habeas corpus*.

Nenhuma análise, no entanto, é desenvolvida pela ministra acerca de eventual colisão de direitos fundamentais ou intervenção estatal na liberdade de expressão do paciente, a despeito de ter entendido que este ultrapassou todas as fronteiras desse direito fundamental.

#### **4.9. Voto do ministro Cezar Peluso**

No voto de 5 laudas, o ministro Cezar Peluso, ao apontar a interpretação teleológica como caminho para alcançar o conteúdo nuclear do conceito jurídico penal de racismo, conclui não ser lícito emprestar sentido restrito ao termo "racismo", porque assim se limitaria a proteger conjuntos muito reduzidos de pessoas, o que contrariaria os fundamentos da República. Assim, pontua não ter dúvida em denegar a ordem por reconhecer a conduta do paciente como prática de racismo.

Para além da interpretação clássica e aplicação da norma por subsunção, anota o ministro que a conduta do paciente transpôs os limites da liberdade de expressão, porque ele se dedicou a promover e difundir o antissemitismo, com um comportamento

sistemático na publicação, redação e difusão de livros hostis à comunidade judaica, instigando e reforçando preconceitos e ódios históricos. Eis o excerto<sup>351</sup> do voto a respeito:

O que me impressionou foi a objeção de certo modo insinuada nas intervenções do Ministro Sepúlveda Pertence. Mas, nesse aspecto, ainda que reconheça e afirme a liberdade teórica de expressão de todo editor e autor, cujas atividades são de óbvia licitude - eu mesmo já li, sem nenhum juízo de censura ao editor, "Os Protocolos dos Sábios do Sião", com introdução e notas de Gustavo Barroso, se bem me recordo-, o que me basta e convence, no caso, é o fato incontroverso de que o ora paciente se tornou, como editor e autor, especialista na publicação, redação e difusão de livros hostis à comunidade judaica. Ou seja, se ele se propusesse ou apresentasse apenas como editor casual de tais obras, ou até como editor de excêntricas, eu decerto consideraria com outros olhos este habeas corpus. Não é esse o caso, porém, senão de reprovável comportamento sistemático. Ele, na verdade, dedicou-se a editar e, como autor, publicar uma série de livros, com a constância e o evidente propósito de promover e difundir o anti-semitismo, como particular manifestação da ideologia racista, instigando e reforçando preconceitos e ódios históricos. E isso tem significado óbvio: trata-se, a meu ver, de prática que contraria a tutela constitucional e, portanto, se tipifica em tese, perante a lei, como crime imprescritível, porque transpõe os limites da liberdade de expressão.

Para concluir não haver legítimo exercício da liberdade de expressão do paciente, salientou o ministro as seguintes premissas:

- a) em tese, lícita é a liberdade de expressão de todo editor e autor;
- b) ilícita é a conduta do paciente como editor e autor especialista na publicação, redação e difusão de livros hostis à comunidade judaica, assim caracterizado em face de seu comportamento sistemático, do qual se evidencia o propósito de promover e difundir o antissemitismo.

A despeito de falar sobre limites da liberdade de expressão, não é possível inferir das premissas assinaladas pelo ministro a concepção teórica por ele adotada em termos de limites dos direitos fundamentais. Também não está claro como alcançou o entendimento de que a conduta do paciente se deu fora dos limites da liberdade de expressão. Afirma que não se insere na liberdade de expressão a conduta antissemita tão somente por este aspecto em si mesmo considerado, sem reforço de qualquer sopesamento dos bens e interesses em jogo.

---

<sup>351</sup> Cf. página 760 dos autos do Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.

#### 4.10. Voto do ministro Carlos Ayres Britto

Por sua vez, em voto de 71 laudas, o ministro Carlos Ayres Britto desenvolve longa exposição sobre o sentido e alcance do termo "racismo", para concluir nesse contexto tanto a prática contra os indivíduos de cor negra quanto contra os indivíduos pertencentes a um grupamento humano que se personalize por características histórico-culturais inconfundíveis com as de qualquer outro segmento.

Por outro lado, sem referir especificamente a qualquer método de análise de eventual colisão de bens e interesses constitucionais, o ministro afirma que a conduta do paciente se deu no exercício da liberdade de expressão para cimentar uma convicção político-ideológica, de especial proteção constitucional, razão por que não incorreu em conduta penalmente típica. Eis o excerto<sup>352</sup> do voto com as observações sobre o tema:

O manejo de princípios constitucionais contrapostos

11. Passando ao esboço do meu voto, propriamente, observo - como certamente os doutos ministros já observaram, mesmo sem explícita verbalização - que toda essa demanda nos coloca no epicentro do instigante e atualíssimo tema da contraposição de princípios jurídicos. É como dizer: os fatos ensejadores da denúncia e trazidos ao conhecimento deste STF pela via constitucional do habeas corpus são fatos para cuja subsunção o magistrado tem que aplicar alguns modelos normativo-princípios em estado de fricção e que chegam a descambar para uma recíproca excludência; ou seja, o decisor tem que trabalhar com determinadas normas de conteúdo axiológico e índole constitucional que, no caso, parecem demandar interpretação maniqueísta ou de radical exclusão de uma delas.

12. Com efeito, seja qual for o ângulo jurídico de análise da questão de fato, o decisor se vê na insólita dificuldade de aplicar certos comandos jurídicos-positivos em concreto estado de tensão, pressionando, cada um deles, por uma exclusiva ocupação de espaço. E o que é mais trabalhoso e delicado é que se trata de comandos expressivos daqueles princípios que, de tão excelsos, a Constituição incluiu nos próprios fundamentos da República Federativa do Brasil (como desenganadamente são os protoprincípios da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e do pluralismo político). E perpassantes, além do mais, do preâmbulo e dos objetivos fundamentais da mesma Federação Republicana.

13. Como sobejamente conhecido, os princípios constitucionais ostentam essa característica da inter-referência e ela se dá tanto por complementação (um princípio se colocando enquanto sub ou serviente de outro) quanto por oposição. E é quando o caso concreto suscita a aplicabilidade da inter-referência por oposição que o magistrado nem sempre tem a chance do ajustamento ou compatibilização deontica. Sua opção é por vezes radical, no sentido de ter que excluir a incidência de um dos princípios em confronto.

(...)

---

<sup>352</sup> Cf. páginas 787-848 dos autos do Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.



15. Este o fadário, a assumida destinação de um Direito que faz da convivência entre os contrários um dos mais expressivos conteúdos da Democracia (Tobias Barreto dizia ser o Direito o *modus vivendi* possível). Sabendo, de antemão, que a abstrata legitimação do uso de uma vontade individual pode resvalar para a danosa prática da abusividade. Mas também por antecipação convencido da maior valiosidade da premissa democrática de que não é pelo receio do abuso que se vai proibir o uso daqueles direitos e garantias em que mais resplandece o valor da liberdade. Há fórmulas compensatórias de resolução de conflitos e a ponderação jurisdicional dos interesses em jogo é a mais estratégica de todas elas. Com o quê a sociedade pode recobrar o seu necessário estado de harmonia.

16. Ciente e consciente de tal sobredificuldade metodológica, antecipo que todo o meu esforço operacional será o de demarcar o campo de lédima expressão de cada princípio em estado potencial de atrito, a fim de evitar o concreto sacrifício de um deles. Se não me for possível fazê-lo, também adianto que a minha preferência recairá sobre essa ou aquela norma-princípio que melhor assegure a aplicabilidade de outras que também tenham tudo a ver com o preâmbulo da Constituição, os fundamentos (incisos de I a V do art. 1º da C.F.) e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (incisos de I a IV do art. 3º da mesma C.F.). Dito pela forma contrária, o meu crivo de seleção prestigiará esse ou aquele princípio que, no caso vertente, menos sacrifício imponha aos demais. Demais princípios, reafirmo, nos páramos da mesma santíssima trindade do preâmbulo da Constituição e dos fundamentos e objetivos fundamentais da Federação Republicana brasileira.

(...)

39. Por esse prisma do mais generalizado sentido da palavra. Serve-se melhor ao desígnio constitucional de combater o preconceito racial. Cumpre-se bem mais o imperativo hermenêutico da efetividade da Constituição. Pois a tipificação do racismo passa a ocorrer tanto por palavra quanto por ação. Palavra escrita, ou oral. Ação que signifique realizar um trabalho, produzir uma obra, exteriorizar uma opinião, mimetizar ou gestuar uma comunicação. Só escapa mesmo da increpação, lógico, o ato psíquico de pensar. Uma vez que "pensar não ofende" - é o que se diz amiúde -, desde que o pensador permaneça mudo ou evite gesticulação inequivocamente reveladora de propósito relacional discriminador.

40. Não se fale, porém, que esse modo mais à solta de interpretação padece do defeito de solapar a base significativa de duas espécies constitucionais de liberdade; a liberdade de manifestar o pensamento (inciso IV do art. 5º, sob esta conhecidíssima dicção: "É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato") e a de expressar a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX do mesmo art. 5º, vocalizado por esta forma: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"). Assim não se argumente, porquanto ilusório é esse temor de ver privados de espaço de incidência os dois estelares modelos de autonomia da vontade. Como passo a demonstra, de imediato.

\* A diferenciação entre "uso" e "abuso" da liberdade de expressão

41. Que a Lex Maxima declara e garante a liberdade de expressão, é justo que ninguém desconfirma. Liberdade tanto para manifestar o pensamento (exteriorizá-lo, portanto) como para expor o fruto da atividade artística, intelectual, científica, ou de comunicação. Ponto pacífico. Uma coisa,

porém, é a liberdade de que desfruta quem quer que seja para dizer o que quer que seja (em poema antigo, cheguei a trocadilhar que a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade), ou, ainda, para trazer à ribalta suas incursões pelos domínios da Arte, do Intelecto, da Ciência, ou da Comunicação: outra coisa, bem diferente, é o titular dessas liberdades ficar imune a resposta por eventual agravo a terceiros, ainda que não intencionalmente cometido, ou, pior ainda, deixar de responder pelos abusos em que vier a incorrer, deliberadamente.

42. Deveras, o que a Lei das Leis garante a cada ser humano é um espaço apriorístico de movimentação; o uso da respectiva autonomia de vontade para exteriorização do pensamento (vedado tão-somente o anonimato) e da atividade artística, estética, científica e de comunicação. O abuso e o agravo são questões que somente a posteriori se colocam. E para combatê-los é que a Lei Republicana prevê dois específicos dispositivos: a) o inciso V do art. 5º, segundo o qual "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"; b) o inciso X do mesmo art. 5º, a saber: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

43. Agravo e abuso passam a ser ventilados, portanto, já no plano da reação de outrem; sendo que o agravo suscita o exercício de um direito de resposta que nem depende de processo de apuração de transbordamento da originária autonomia de vontade. O abuso, no entanto, pressupõe a constatação processual do transbordamento daquela primitiva autonomia da vontade. Um transbordamento que só é transbordamento por violar uma outra e alheia autonomia de vontade, também juridicamente prezada. Mas a premissa da Constituição é uma só: não é pela possibilidade de agravo a terceiros, ou de uso invasor da liberdade alheia, que se vai coibir a primitiva liberdade de expressão (que se define, assim, como liberdade absoluta, nesse plano de incontrolabilidade da sua apriorística manifestação. Sendo que esse fraseado em si - "liberdade de expressão" alcança as duas tipologias de liberdade: a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de ação no quadripartite domínio intelectual, científico, artístico e de comunicação.

44. Pontue-se bem a diferença: do ângulo da autonomia de vontade de quem fala, escreve, gesticula, ou ainda de quem produz uma obra de natureza artística, intelectual, científica, ou de comunicação, o que se tutela de forma até absoluta é o direito mesmo de fazer algo ou passar para outrem uma mensagem, um recado, uma obra. Transformar em ação ou coisa objetiva algo até então subjetivo. O que se traduz no exercício do direito de não sofrer impedimento ou censura prévia nesse ato mesmo de agir ou de dirigir-se a terceiro. E uma vez operado esse transpasse de um momento psíquico de vida humana para um momento fático de vida social, realizada fica essa espécie de autonomia de vontade. Se se prefere, é no instante mesmo de materialização da autonomia de vontade que o direito subjetivo se realiza e a Constituição resta plenamente respeitada. Mas ele, direito subjetivo, tem no próprio instante de sua realização o exaurimento do seu conteúdo; quero dizer, não incorpora a si a força de bloquear posturas reativas de terceiros eventualmente prejudicados nas respectivas autonomia de vontade.

45. Veja-se então o outro ângulo, que é o prisma de quem se sente vítima de agravo ou de abuso no exercício da primeira modalidade de autonomia de vontade. Agora, o que se protege é: primeiro, o direito de resposta; segundo, o direito de desencadear um processo de apuração de abusividade, com o fito de responsabilização tanto civil quanto penal (se for o caso) do agente

abusivo; pois é óbvio que a tutela penal de certos valores - como a honra pessoal e a não-submissão a práticas racistas, por hipótese -, implica a possibilidade de acesso a uma jurisdição especificamente criminal. Para além, portanto, daquele singelo direito de resposta e até mesmo da prefalada reparação civil.

\* A conciliação entre o uso da liberdade de expressão e o direito de não sofrer discriminação

46. Não que o sujeito pego em abusividade fique, a partir daí, proibido de reexercitar sua liberdade de pensamento ou de manifestação intelectual, artística, científica, ou de comunicação. Não! A abusividade se questiona e se afere caso-a-caso ou a cada nova manifestação de autonomia do primeiro tipo de vontade. Reiniciando-se o ciclo de reclamação, apuração, constatação e apenamento do abuso, acaso empiricamente repetido. Porque somente assim é que se conciliam o direito de uso, de uma banda, e o direito de não sofrer abuso, de outra. É rematar: como não se pode afastar aquela premissa constitucional de que não é pela possibilidade do abuso que se vai coibir o uso, o direito de não voltar a sofrer abuso se resolve mesmo é pela repetição do sancionamento do infrator reincidente (pois, ainda que ele se encontre em regime de aprisionamento ou custódia estatal, ainda assim permanece titular do direito à liberdade de expressão).

47. As coisas se encaixam. Se o titular da primeira autonomia de vontade pode bater às portas do Judiciário para não sofrer constrangimento apriorístico ou de antemão, valendo-se do lapidar princípio constituconal de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (inciso XXXV do art. 5º), não tem, entretanto, o poder de impedir que terceiro também se valham do mesmo dispositivo maior para reclamar da violação da autonomia de vontade deles, ofendida, precisamente, por efeito da excessiva manifestação da primeira.

48. Os dois momentos de licitude são estes: a) o primeiro sujeito de direito não pode ser obstado, por antecipação, quanto à sua liberdade de manifestar ou de voltar a manifestar um pensamento, ou, ainda, de desempenhar ou tornar a desempenhar aquelas outras quatro atividades (a literária, a científica, a artística e a de comunicação); b) correlatamente, o segundo sujeito de direito também não pode ser obstado em sua pretensão de punir o autor da conduta extravasante, quantas vezes o extravasamento vier a conspurcar a sua (dele, segundo o sujeito de direito) autonomia de vontade.

\* As excludentes constituconais da abusividade

49. Três comportamentos, todavia, são especialmente normados como excludentes da abusividade. Comportamentos ditados por imperativos de consciência e que são, pela ordem com que a Lei Maior a eles se referiu: a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política. Matéria que também faz parte da altissonante nominata dos direitos e garantias individuais, a saber: "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou convicção política ou filosófica, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação social alternativa, fixada em lei" (inciso VIII do art. 5º). Logo, de fora a parte essa ressalva que se lê na parte final do dispositivo, a liberdade de expressão ganha um decidido reforço constitucional. Desde que utilizada, evidente, numa das três explicitadas esferas da mais íntima subjetividade humana: a crença religiosa, a convicção filosófica e mundividência ou cosmovisão política.

50. É bom repetir: com essas três excludentes de abusividade no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e das sempre lembradas atividades artística, científica, literária e de comunicação, a Constituição homenageou três aspectos fundamentais da ontologia humana: o anseio de infinito (que é a busca da religião da criatura ao Criador), a inata curiosidade pela produção de um tipo tão especulativo quanto universalizante do saber (núcleo duro de toda investigação filosófica) e, finalmente, a formulação de doutrinas e teorias que tenham na estruturação e funcionalização otimizadas dos Estados e dos Governos o seu específico objeto (fórmula simplificada de compreensão da Política enquanto Ciência e enquanto arte de governar). Mas com este acréscimo de ideia: a convicção política de que trata o Código dos Códigos é aquela que materializa o fundamento republicano-federativo de nome "pluralismo político" (inciso V do art. 1º). De conseguinte, atividade que ora se contém no fechado conteúdo programático de uma determinada agremiação partidária, ora se exprime numa concepção estritamente pessoal do modo optimum de estruturação e funcionalização da pólis (espaço ideal de materialização das primárias relações entre governados e governantes e ainda entre os próprios Estados e Governos soberanos).

(...)

\* O viés ideológico das concepções do autor-paciente

97. A meu juízo, o de que se pode acusar o autor-paciente é de sobrepor a sua ideia fixa de revisão da História à neutralidade que se exige de todo pesquisador. Não que ele quisesse fugir dessa imperiosa neutralidade. Mas que não tinha como a ela se apegar ou circunscrever, por já se encontrar profundamente marcado por essa deformação conceptual que timbra o pensamento de todo aquele que se aferra a determinada ideologia. Daí que ele, escritor e paciente, faça da sua história de vida pessoal um eterno esforço por demonstrar que as coisas não se passaram como na explicação dos Estados vencedores.

98. Sucede que não é crime tecer uma ideologia. Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouropel de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas o fato é que essa modalidade de convicção e consequente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal. Seja porque ela, Constituição, faz do pluralismo político um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º), seja porque impede a privação de direitos por motivo, justamente, de convicção política ou filosófica (inciso VIII do art. 5º).

(...)

\* A contextualização da simpatia do autor pelo Estado e pelo povo alemão

105. É certo - não se pode obscurecer - que o autor-paciente sai em defesa do Estado e do povo alemão, ao explicar os fatos caracterizadores tanto da primeira quanto da Segunda Grande Guerra. Mas é preciso ver o contexto em que o faz. Ele fica do lado germânico, sim, e chega até mesmo a revelar simpatia por Adolf Hitler, mas sem jamais falar de arianismo. Nem de superioridade racial alemã, ou de inferioridade racial judaica. Jamais! Muito menos de justificar ou apoiar o Holocausto, até porque ele inverte a ordem das coisas: para ele, Sigfried Ellwanger Castan, quem sofreu o holocausto ou o sistemático processo de dizimação humana foi o povo da Alemanha.

106. Não apenas o escritor-paciente deixa de colocar os judeus na humilhante condição de sub-povo ou de sub-raça, como faz exatamente o contrário. acusa o judaísmo de se irrogar um complexo de superioridade. De se considerar o povo-eleito de Deus. Com pretensões à conquista de todo o planeta. Ao domínio político, religioso e econômico do mundo. Não pelo modo ortodoxo de dominação territorial-militar, mas pelo modo heterodoxo de se conquistar pelo uso das duas grandes forças sociais da Imprensa e do Capital Financeiro. Tudo debaixo da inspiração, do acicate, da incessante militância do sionismo internacional (tido por ele, paciente, como organização fundamentalista).

107. No rigor dos conceitos, então, é praticamente impossível etiquetar a obra do paciente como preconceituosa, porque, para ele preconceituoso é o Sionismo. Ele, Sionismo, é que propugna pelo fechamento de espaços à livre ocupação dos outros povos. Embaraçando a auto-afirmação coletiva alienígena. Quer dizer, o que incomoda e até mesmo humilha é o ar de superioridade, arrogância e intolerância judaico-sionista. Daí insistentemente o autor denunciar que os judeus não casam senão entre si e ainda antepõe o nome da sua nacionalidade ao nome da nacionalidade do país onde qualquer deles se encontre. Sempre e sempre sob a renitente e sectária ideologia sionista, ortodoxamente empenhada (segundo ele, paciente) em perpetuar esse desagregador estado de coisas. Que, no fundo, é prejudicial a todo o povo judeu, porque desperta contra ele um sentimento de aversão.

108. Por outro aspecto, na obra que li e reli não encontrei apologia à guerra. Bem ao contrário (elucidativa é a p. 43 da última edição, a esse respeito). Tampouco o boicote a produtos ou pessoas de nacionalidade judaica. Muito menos o extermínio físico de quem quer que seja (extermínio que o paciente nega fosse a real intenção de Hitler, como está no alto da p. 149 da 29ª edição). E sempre que o livro fala de condutas odiantas, ou mistificadoras, ou mentirosas, é para criticá-las (como se vê da parte inicial do capítulo dedicado ao "Linchamento de Nuremberg, p. 194, também da última edição). Deixando claro que ele, Sigfried, é homem de caráter. E que jamais defenderia a tese imoral de que os fins justificam os meios.

109. Essas, a meu sentir, as impressões digitais do livro. Já estampadas, aliás, no título por ele portado: "holocausto Judeu, ou Alemão? - Nos bastidores da Mentira do Século". Um livro que verifiquei se achar catalogado como de livre circulação mundial, conforme qualquer pessoa pode comprovar pela consulta ao site "amazon.com", da internet, de alcance mundial.

110. Como síntese das sínteses, e sempre atento ao fato de que o livro do autor-paciente labora mesmo é no macro-espço das relações entre Estados, povos e governos soberanos, concluo que o presente caso é de uso da liberdade de expressão para cimentar uma convicção política. Ou uma convicção político-ideológica, de especial proteção constitucional (nos termos do inciso VIII do art. 5º anteriormente transcrito).

As premissas que conduziram à conclusão do ministro Carlos Ayres Britto de que não houve abuso da liberdade de expressão pelo paciente são, por conseguinte, as seguintes:

a) a ponderação jurisdicional dos interesses em jogo é mais estratégica fórmula compensatória de resolução de conflitos;

b) diante da sobredificuldade metodológica para demarcar o campo de lídima expressão de cada princípio em estado potencial de atrito, a fim de evitar o concreto sacrifício de um deles, a preferência recairá sobre a norma-princípio que melhor assegure a aplicabilidade de outras que também tenham tudo a ver com o preâmbulo da Constituição;

c) três comportamentos são excludentes da abusividade da liberdade de expressão por constituir imperativos de consciência referidos na Constituição: a crença religiosa, a convicção filosófica e convicção política;

d) não é crime tecer uma ideologia;

e) o livro do autor-paciente é uma obra de revisão histórica, ainda que muito pouco atraente literariamente, e em parte quixotesca. É obra de quem professa uma ideologia, ainda que pouco verossímil;

f) na obra não há apologia à guerra, tampouco o boicote a produtos ou pessoas de nacionalidade judaica. Muito menos o extermínio de quem quer que seja. E sempre que o livro fala de condutas odientas, ou mistificadoras, ou mentirosas, é para criticá-las;

g) quanto aos demais livros publicados, de outros autores, são obras que sinalizam idêntico propósito de falar dos judeus como eternos pretendentes à conquista do mundo, sob inspiração e decidida militância sionista, que não seria prática discriminatória porque desacompanhada daqueles argumentos que buscam entorpecer o raciocínio do leitor e conduzi-los à liberação de institutos bestiais;

h) para além do âmbito da liberdade de iniciativa do paciente, a publicação de tais obras se dá no mais protegido campo constitucional da convicção política.

Ante as premissas expostas, chama atenção o fato de o ministro reconhecer necessária a ponderação de bens e interesses para solucionar o caso concreto, contudo segue por uma lógica formal subsuntiva e incorre em decisionismo ao estabelecer que exercerá preferência por um princípio e não outro em face de certos atributos, tais como o fato de o princípio estar mais diretamente ligado ao preâmbulo da Constituição.

Sob o aspecto material, o ministro deixa claro ter lido a obra editada pelo paciente e outras por ele publicadas, objeto da denúncia, e salienta que, malgrado não

concorde com o conteúdo dos livros, o ato de editá-los e publicá-los está inserido no âmbito da liberdade de expressão.

Convém salientar que, embora tenha demonstrado domínio da questão fática sobre o conteúdo dos livros combatidos na ação penal que levou à condenação do paciente, o ministro Carlos Ayres Britto não estrutura nem expõe nenhum método de argumentação para resolução de eventual colisão dos bens e interesses ou de controle da intervenção estatal sobre a liberdade de expressão. Disserta com profundidade sobre o conteúdo do conceito de racismo e sobre a importância da liberdade de expressão e se limita a estabelecer uma escolha, uma preferência, que recai sobre a liberdade de expressão.

É de se notar que, se porventura houvesse lançado mão da regra da proporcionalidade, a riqueza de razões expostas na argumentação do voto muito bem poderia conferir importante sentido ao sopesamento realizado na submáxima da proporcionalidade em sentido estrito. A análise comparativa das razões de satisfação de determinados bens e interesses da medida interventiva com o grau de afetação do direito fundamental à liberdade de expressão pela condenação estatal teria, assim, o condão de revelar com maior objetividade a proporcionalidade, ou não, da medida estatal, no caso emanada de ato jurisdicional condenatório de natureza penal.

#### **4.11. Voto do ministro Marco Aurélio**

O ministro Marco Aurélio, em denso voto de 68 laudas, inicia a sua análise salientando que a questão diz respeito sobre eficácia de direitos fundamentais, cuja solução requer a melhor prática de ponderação dos valores. Identifica que o problema em causa refere sobre colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Aduz que, no caso, a ponderação é necessária para aferir se é hipótese de limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas, ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. E afirma que o mecanismo eficaz para realizar essa ponderação no caso concreto é a aplicação do princípio da proporcionalidade, por seus três subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Contudo, ressalta que o fará sob um ângulo diferente daquele efetuado pelo ministro Gilmar Mendes.

Ao desenvolver o exame segundo os passos metódicos da proporcionalidade, concluiu o ministro que a condenação efetuada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não foi o meio mais adequado, necessário e razoável.

Nesse sentido, consta do voto, consoante excerto<sup>353</sup> em destaque:

A par de outros enfoques já apreciados nos votos dos ministros que me antecederam, o caso denota um profundo, complexo e delicado problema de Direito Constitucional, e daí o tom paradigmático desse julgamento: estamos diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de ponderação dos valores, o que, por óbvio, força este Tribunal, guardião da Constituição, a enfrentar a questão da forma como se espera de uma Suprema Corte. Refiro-me ao intrincado problema da colisão entre princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela.

(...)

O princípio da liberdade de expressão, como os demais princípios que compõem o sistema dos direitos fundamentais, não possui caráter absoluto. Ao contrário, encontra limites nos demais direitos fundamentais, o que pode ensejar uma colisão de princípios. Esta matéria é de extrema importância no Direito Constitucional e precisa ser analisada com muito cuidado. Contempla os mais variados aspectos, que devem ser estudados caso a caso mas, como afirma Robert Alexy, tem um ponto em comum: todas as colisões somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício forem impostos a um ou aos dois lados. Enquanto o conflito de regras resolve-se na dimensão da validade, com esteio em critérios como "especialidade" - lei especial derroga geral -, "hierarquia" - lei superior revoga inferior - ou "anterioridade" - lei posterior revoga anterior -, o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da "ponderação", que possibilita um meio-terno entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos. É que, no dizer do professor Paulo Bonavides, "As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas leis, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.

A questão da colisão de direitos fundamentais com outros direitos necessita, assim, de uma atitude de ponderação dos valores em jogo, decidindo-se, com base no caso concreto e nas circunstâncias da hipótese, qual o direito que deverá ter primazia. Trata-se do mecanismo de resolução de conflito de direitos fundamentais, hoje amplamente divulgado no Direito Constitucional Comparado e utilizado pelas Cortes Constitucionais no mundo - vejam-se os exemplos da Corte Constitucional Espanhola, relatado por Javier Cremades, e da Suprema Corte Americana, o já citado "New York Times v. Sullivan".

Vale ressaltar que essa ponderação de valores ou concordância prática entre os princípios de direitos fundamentais é um exercício que, em nenhum

---

<sup>353</sup> Cf. páginas 869-901 dos autos do Habeas Corpus nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul.



momento, afasta ou ignora os elementos do caso concreto, uma vez que é a hipótese de fato que dá configuração real a tais direitos.

Dessa forma, não é correto se fazer um exame entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana de forma abstrata e se tentar extrair daí uma regra geral. É preciso, em rigor, verificar se, na espécie, a liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por essa cláusula constitucional, se de fato a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação de opinião representa uma afronta contra essa dignidade, entre outras questões.

(...)

## 2. A colisão entre os direitos fundamentais - o princípio da proporcionalidade

A aplicação do princípio da proporcionalidade surge como o mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto, devido à semelhança de hierarquia dos valores em jogo: de um lado, a alegada proteção à dignidade do povo judeu; de outro, a garantia da manifestação do pensamento. O conteúdo central do princípio da proporcionalidade é formado por subprincípios que abarcam parcialmente certa amplitude semântica da proporcionalidade. São eles a ideia de conformidade ou de adequação dos meios, a exigibilidade ou necessidade desses meios e a proporcionalidade em sentido estrito. Passo, então, à análise do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - pronunciamento condenatório -, a partir desses subprincípios, sob um ângulo diferente daquele efetuado pelo ilustre ministro Gilmar Mendes.

A. O subprincípio da conformidade ou da adequação dos meios (Geeingnetheit) examina se a medida adotada é apropriada para concretizar o objetivo visado, com vistas ao interesse público. Assim, cabe indagar se condenar o paciente e proibi-lo de publicar os pensamentos, apreender e destruir as obras editadas são os meios adequados para acabar com a discriminação contra o povo judeu ou com o risco de se incitar a discriminação. Penso que não, uma vez que o fato de o paciente querer transmitir a terceiros a sua versão da história não significa que os leitores irão concordar, e, ainda que concordem, não significa que vão passar a discriminar os judeus, mesmo porque, ante a passagem inexorável do tempo, hoje os envolvidos são outros.

É preciso nesse ponto fazer uma reflexão sobre a necessária distinção entre o preconceito e a discriminação. Preconceito, no sentido etimológico, quer dizer conceito prévio, opinião formada antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos, ideia preconcebida. Ora, todos nós temos "pré-conceitos" acerca de muitos fatos da vida, desenvolvidos com base em experiências nutridas ou em ideais a que perseguimos. Preconceito não quer dizer discriminação, esta sim, condenável juridicamente, porque significa separar, apartar, segregar, sem que haja fundamento para tanto. Muito menos, preconceito revela óptica racista. A maior parte dos preconceitos fica apenas no âmbito das ideias, das reservas mentais, não chegando a ser externada. E ninguém sofre pena pelo ato de pensar, já dizia o brocardo latino. O preconceito, sem se confundir com o racismo, só se torna punível quando é posto em prática, isto é, quando gera a

discriminação, ainda em seu sentido aquém do racismo, sem que se tenha, nesse caso, a cláusula da imprescritibilidade.

B. O segundo subprincípio é o da exigibilidade ou da necessidade (Erforderlichkeit), segundo o qual a medida escolhida não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis à conservação do objetivo que pretende alcançar. Com esse subprincípio, o intérprete reflete, no caso, se não existem outros meios não considerados pelo Tribunal de Justiça que poderiam igualmente atingir o fim almejado, a um custo ou dano menor aos interesses dos cidadãos em geral. Paulo Bonavides registra que esse cânone é chamado de princípio da escolha do meio mais suave. Na hipótese, a observância desse subprincípio deixa ao Tribunal apenas uma solução cabível, ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso ao paciente: conceder a ordem, garantindo o direito à liberdade de manifestação do pensamento, preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu.

C. Finalmente, o último subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit), também conhecido como "lei da ponderação". O intérprete deve questionar se o resultado obtido é proporcional ao meio empregado e à carga coativo-interventiva dessa medida. É realizado um juízo de ponderação no qual se engloba a análise de adequação entre meio e fim, levando-se em conta os valores do ordenamento jurídico vigente. Robert Alexy, relativamente a esse subprincípio, aduz: "Quanto mais grave é a intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justifiquem". E Celso Antonio Bandeira de Mello explica: "É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público". Assim, cumpre perquirir se é razoável, dentro de uma sociedade plural como a brasileira, restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal ideia incitará a prática de violência, considerando-se, todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira. E mais, se é razoável punir o paciente pela edição de livros alheios, responsabilizá-lo por ideias que nem sequer lhe pertencem, tendo em vista que há outras maneiras mais fáceis, rápidas e econômicas de a população ter acesso a tais pensamentos, como a internet. Mesmo porque, à folha 484 do apenso nº 4 deste habeas, tem-se a notícia de que a Editora Revisão, de propriedade do paciente, também edita livros outros cujo conteúdo nada revela de discriminatório, como os títulos "Heráclito", de Oswaldo Spengler, "As veias abertas da América Latina", de Eduardo Galeano, "Garibaldi e a Guerra dos Farrapos", de Lindolfo Collor, "Os imigrantes alemães e a Revolução Farroupilha", de Germano Oscar Moehiecke, "História da Guerra de Espanha", de Robert Brasillach e Maurice Bardeche e "El Leviathan em la teoria del Estado de Thomas Hobbes", de Carl Schmitt.

A par desse aspecto, avocar ao Judiciário o papel de censor não somente das obras dos próprios autores, responsabilizando-os, como sobretudo daquelas simplesmente editadas enseja um precedente perigosíssimo. Senão, vejamos.

Vários livros escritos por autores que já faleceram continuam sendo publicados, e, em alguns deles, pode-se observar conteúdo discriminatório e até racista. Assim, caberia ao Judiciário exterminar essas fontes de conhecimento do cenário nacional? Quem seriam os responsáveis solidários? Todas as editoras que já publicaram tais livros? Ou apenas a editora que continua a publicá-los? Esses exemplos não são apenas de livros já

sabidamente discriminatórios, como "Minha Luta", de Adolf Hitler, mas de livros que, durante toda uma geração, foram tidos como ícones reveladores do pensamento nacional. Vale citar, nesse contexto, "Os africanos no Brasil", de Nina Rodrigues, no qual defende que a razão do subdesenvolvimento brasileiro foi a mistura do português com a raça negra. É bem verdade que não consegui adquirir edição recente do livro, mas a editora ainda hoje existe - companhia Editora Nacional - e se pode facilmente encontrá-lo nas bibliotecas nacionais, na deste Tribunal inclusive. Transcrevo trecho constante à folha 13:

Os destinos de um povo não podem estar à mercê das simpatias ou dos ódios de uma geração. A Ciência, que não conheceu estes sentimentos, está no seu pleno direito exercendo livremente a crítica e a estendendo com a mesma imparcialidade a todos os elementos étnicos de um povo. Não o pode deter a confusão pueril entre o valor cultural de uma raça e as virtudes privadas de certas e determinadas pessoas. Se conhecemos homens negros ou de cor de indubitável respeito, não há de obstar esse fato o reconhecimento desta verdade - que até hoje não puderam os Negros se constituir em povos civilizados. O critério científico da inferioridade da raça negra nada tem de comum com a revoltante exploração que dele fizeram os interesses escravistas dos norte-americanos.

À Folha 17, restou consignado:

A Raça Negra no Brasil, por maiores que tenham sido os seus incontáveis serviços à nossa civilização, por mais justificadas que sejam as simpatias de que a cercou o revoltante abuso da escravidão, por maiores que se revelem os generosos exageros dos seus turiferários, há de constituir sempre um dos fatores de nossa inferioridade como povo.

Por fim, está registrado à folha 391:

O que importa ao Brasil determinar é o quanto de inferioridade lhe advém da dificuldade de civilizar-se por parte da população negra.

(...)

Em outros tempos, autores como Gilberto Freyre foram duramente censurados justamente porque pregavam que a miscigenação havia tornado o povo brasileiro sem segundo exemplo no mundo, e, em vez de isso revelar fraqueza, demonstrava a força do nosso povo. Freyre recebeu o título de "pornógrafo do Recife", e a Igreja Católica repudiava constantemente suas publicações, atentatórias à moral e aos bons costumes.

José Bonifácio de Andrada e Silva, considerado herói nacional por ter desempenhado papel decisivo no processo de Independência do Brasil, a ponto de merecer a alcunha de "O Patriarca da Independência", também pode ter seus livros banidos, se acaso prevalecer nesta Corte a ideia até aqui majoritária. É que, em certa passagem do livro "Projetos para o Brasil", afirma serem os índios povos vagabundos, envolvidos em guerras contínuas e em roubos, não tendo freios religiosos ou civis, sendo-lhes "insuportável sujeitarem-se às leis e aos costumes regulares". Entregues naturalmente à preguiça, fogem dos trabalhos regulares e monótonos, temem sofrer fome se abandonarem sua vida de caçadores.

Assim, aplicando o princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão da liberdade de manifestação do paciente e da dignidade do povo judeu, acredito que a condenação efetuada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - por sinal, a reformar a sentença do Juízo - não foi o meio mais adequado, necessário e razoável.

Por conseguinte, defluem do voto do ministro Marco Aurélio as seguintes premissas determinantes para a conclusão:

a) o caso concreto refere sobre colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu;

b) a liberdade de expressão é um elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um ambiente no qual, sem censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas;

c) a liberdade de expressão serve como instrumento decisivo de controle da atividade governamental e do próprio exercício de poder;

d) para o bem-estar intelectual da humanidade, é preciso proteger a liberdade de expressar todas as opiniões, ainda que delas discordemos ou que estejam redondamente erradas;

e) a censura de conteúdo sempre foi a arma mais forte utilizada por regimes totalitários, a fim de impedir a propagação de ideias que lhes são contrárias;

f) a liberdade de expressão presta-se a construir uma sociedade democrática, aberta e madura, mas mesmo assim não pode ser caracterizada como um direito absoluto, livre de qualquer tipo de restrição ou acomodação, uma vez que o sistema constitucional brasileiro não agasalha o abuso da liberdade de expressão quando o cidadão se utiliza de meios violentos e arbitrários para a divulgação do pensamento;

g) o princípio da liberdade de expressão, como os demais princípios que compõem o sistema dos direitos fundamentais, não possui caráter absoluto, pois encontra limites nos demais direitos, o que enseja colisão de princípios;

i) a defesa de uma ideologia não é crime;

j) a limitação estatal à liberdade de expressão deve ser entendida com caráter de máxima excepcionalidade e há de ocorrer apenas quando sustentada por claros indícios de que houve um grave abuso no exercício;

k) o livro do paciente deixa claro que o autor tem uma ideia preconceituosa acerca dos judeus. Muito embora não concorde com o que o paciente escreveu, deve ser defendido o direito que ele tem de divulgar o que pensa;

l) a aplicação do princípio da proporcionalidade surge como mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto;

m) condenar o paciente e proibi-lo de publicar os pensamentos, apreender e destruir as obras editadas não são os meios adequados para acabar com a discriminação;

n) a observância do subprincípio da necessidade deixa ao Tribunal apenas uma solução possível, ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso ao paciente, então consistente na concessão da ordem, garantindo o direito à liberdade de manifestação do pensamento, preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu;

o) de acordo com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, cumpre perquirir se é razoável, dentro de uma sociedade plural como a brasileira, restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal ideia incitará à prática de violência, considerando-se, todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira.

Como se percebe, o voto discorre fecundamente sobre a importância da liberdade de expressão e sobre os riscos à democracia e à formação da opinião pública em face de indevida intervenção estatal no âmbito protegido desse direito fundamental. Por outro lado, reconhece possível a limitação à liberdade de expressão em face da prevalência de outros direitos fundamentais ou bens e valores de igual estatura e importância na ordem constitucional eventualmente em colisão. Como instrumento de controle da intervenção estatal sobre os direitos fundamentais, aduz pertinente a adoção da regra da proporcionalidade.

É especificamente sobre a realização desse controle da ingerência estatal que se devem tecer algumas observações.

Ao desenvolver a análise da medida estatal condenatória sob o crivo do teste da adequação, diz o ministro que deve ser examinado se a medida adotada é apropriada para concretizar o objetivo visado, com vistas no interesse público. E assim indaga se a condenação do paciente seria meio adequado para acabar com a discriminação contra o povo judeu ou com o risco de se incitar à discriminação. Sua conclusão a respeito do tema é de que a medida é inadequada, pois o fato de o paciente querer transmitir a terceiros a sua versão da história não significa que os leitores irão concordar e, ainda que concordem, não significa que

vão passar a discriminar os judeus. E explica que isso é assim porque há uma diferença entre preconceito e discriminação, sendo que aquele reside na maior parte das vezes no âmbito das ideias e esta no plano fático, de tal maneira que, sem se confundir com racismo, o preconceito só se tornaria punível quando posto em prática, gerando a discriminação.

Consoante esquadrinhado neste trabalho, a máxima da adequação significa que a medida estatal interventiva deve ser apta a fomentar os objetivos desejados e se desenvolve em dois momentos de análise. No primeiro, deve ser identificado claramente quais são os fins perseguidos pela medida e os meios mediante os quais o estado adotará para fomentá-los. No segundo, deve se perscrutar se o fim almejado pela medida interventiva guarda conformidade com a Constituição, no sentido de se revelar adequado às suas disposições normativas; e se o meio adotado pela medida interventiva é adequado para fomentar a realização do objetivo constitucional desejado.

O mero cotejo dos argumentos expostos no voto com as regras do específico teste da adequação já é suficiente para demonstrar a existência de contradição interna na abordagem do tema. Com efeito, ao passo que se dispõe a sindicá-la a adequação da medida estatal para o fim de combater a discriminação, a análise vai perscrutar se o ato do paciente é ou não apto a fomentar a discriminação, dissociando fortemente do propósito do teste na espécie. Em verdade, as razões expostas dizem respeito à subsunção da conduta do paciente ao tipo penal de racismo. Se o proceder do paciente consistiu em preconceito ou discriminação e, neste caso, se tal conduta se insere no conceito de racismo, é proposição que deve ser tratada sob a ótica da hermenêutica clássica e do processo subsuntivo. É de se dizer que, no sindicá-la a proporcionalidade da medida estatal, já não se indaga se a conduta do paciente consiste em racismo ou não - esta deve ser uma realidade concreta a partir da interpretação do tipo penal -, mas tão somente se o ato estatal interventivo na liberdade de expressão do paciente é proporcional.

Sob esse enfoque, ao abstrair as razões que motivaram a conclusão sobre a não adequação da condenação do paciente, nada mais remanesce para qualquer resultado conclusivo nessa etapa de análise da proporcionalidade. Significa dizer, portanto, que as razões constantes no voto não são suficientes para se dizer que a medida estatal não é adequada para fomentar um fim constitucional.

No que se refere ao teste da necessidade, o ministro assinala que observância dessa submáxima deixa ao tribunal apenas uma solução, ante a impossibilidade

de se aplicar outro meio menos gravoso ao paciente, que seria conceder a ordem, garantindo o direito à liberdade de expressão, já que a restrição a este direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu.

O argumento é singular. Aponta numa direção, mas segue noutra oposta. Se não há outro meio menos gravoso a impor à esfera jurídica do paciente, logicamente necessária deve ser a medida estatal interventiva. Apesar disso, a conclusão externada é no sentido de que a medida menos gravosa é a concessão da ordem no *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal, sendo esta outra medida estatal diversa da que está sendo sindicada à luz da proporcionalidade, que é a condenação penal imposta pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Como exposto neste trabalho, o teste da necessidade se dá em quatro etapas. Na primeira, são identificadas alternativas à medida estatal interventiva que poderiam ter sido utilizadas para a mesma finalidade, avaliando-se a adequação dos meios alternativos. Na segunda, é feito um juízo de eficiência do meio em relação ao fim, determinando-se o grau de eficiência da medida estatal eleita, assim como das alternativas possíveis em relação ao fim perseguido pelo Poder Público. Na terceira, é feito um juízo de afetação do direito fundamental pela medida estatal interventiva e pelas alternativas possíveis, ao determinar o grau de intervenção em relação ao direito afetado. Na quarta, é feita a comparação das medidas a partir de suas variáveis de "eficiência" do meio para o fim e "afetação" do meio em relação ao direito.

No caso, assegura o ministro inexistirem outras alternativas menos gravosas à atuação estatal eleita, quadro esse a obstar o exame das possibilidades fáticas do princípio da liberdade de expressão, tanto do juízo de eficiência do meio em relação ao fim, quanto de afetação do direito fundamental pela medida interventiva.

Logo, por esse quadrante, a única conclusão possível há de se resumir ao reconhecimento da necessidade da medida estatal condenatória, fecho este, entretanto, diverso do constante do voto do ministro Marco Aurélio, como já observado anteriormente.

Quanto ao derradeiro subteste da proporcionalidade em sentido estrito, tem-se que o ministro lança indagações sobre ser razoável, ou não, a restrição de determinada manifestação de opinião por meio de livro, ainda que preconceituosa e despropositada, em contraposição ao fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro incitará a prática de

violência na sociedade brasileira. E, ainda, se seria razoável punir o paciente pela edição de livros alheios, responsabilizá-lo por ideias que nem sequer lhe pertencem.

Nada obstante rotulada tal análise como sendo o teste da proporcionalidade em sentido estrito, o que se vê na espécie se relaciona com um misto de não subsunção da conduta do paciente ao conceito de racismo e exame da relação de equilíbrio da medida estatal, contudo sem um detalhado exame da intensidade da intervenção estatal na liberdade de expressão e grau de importância da razão da intervenção estatal.

De acordo com Robert Alexy, o método da proporcionalidade em sentido estrito deve seguir uma ordem de análise semelhante à da técnica da ponderação. Primeiro, há de se indagar qual o grau de não satisfação ou de afetação do direito fundamental submetido à intervenção estatal, utilizando-se das alternativas da escala "leve", "moderado" e "sério". Segundo, perscruta-se o grau de importância da razão da intervenção estatal, também segundo a escala "leve", "moderado" e "sério". Terceiro, comparam-se as razões de satisfação de determinados bens e interesses pretendido pelo Estado com o grau de afetação ou não satisfação do direito fundamental atingido pela medida estatal, respondendo se a ("leve", "moderada" ou "séria") importância das razões da intervenção estatal justifica ou não justifica a ("leve", "moderada" e "séria") intervenção sobre o direito fundamental.

Tal análise, todavia, não foi desenvolvida no voto em questão, o que inviabiliza qualquer conclusão firme acerca da proporcionalidade estrita da medida estatal frente à ingerência realizada sobre a liberdade de expressão.

Nesse compasso, da análise realizada no voto do ministro Marco Aurélio não há elementos seguros que possam conduzir ao entendimento de que a medida estatal é proporcional ou não.

Por último, releva notar um detalhe curioso quanto ao desenvolvimento das análises sob a lente da regra da proporcionalidade no voto em questão. Trata-se do exame sucessivo dos subtestes da adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito, malgrado apresentem resultados negativos.

Ora, como já dito alhures no corpo deste trabalho, o controle da proporcionalidade, por suas sub-regras, se desenvolve de modo sucessivo e excludente. Sucessivo, porque a análise segue uma sequência de testes, a começar pela adequação, seguida pela necessidade, finalizando quanto à proporcionalidade em sentido estrito. E excludente, na medida em que cada etapa anterior, se não atendida, tem o condão de excluir a



seguinte. No caso de uma medida estatal não passar pelo crivo da adequação, a consequência imediata é o reconhecimento da inconstitucionalidade do ato, de tal modo que dispensável o exame da necessidade ou proporcionalidade estrita do ato. E assim também quando a medida estatal, embora adequada, não passe no critério da necessidade, caso em que dispensado estará o exame da proporcionalidade no sentido estrito.

#### **4.12. Voto do ministro Sepúlveda Pertence**

Para o ministro Sepúlveda Pertence, no seu voto de 11 laudas, a questão em causa reporta a uma única questão, então relacionada à interpretação do enunciado constante no art. 5º, XLII, da Constituição Federal, relativamente à locução "prática de racismo". Segundo o ministro, o conceito de racismo deve ser alcançado a partir de uma concepção histórica, que não pode excluir a comunidade judaica como alvo de discriminação racista. Sustenta, assim, que o preconceito antissemita constitui racismo.

Conquanto denote certa preocupação quanto às implicações da condenação no âmbito da liberdade de expressão, diz que não pode tachar de absurda a decisão do Tribunal de Justiça em relação à análise da obra do paciente, de modo que não prossegue nenhum exame sobre colisão de princípios ou acerca da proporcionalidade da intervenção estatal.

## CONCLUSÃO

O caso em análise realmente se mostra paradigmático na medida em que deixa expor o dilema concreto das colisões de bens e interesses constitucionais e do caráter dos princípios como mandamentos de otimização.

Por outro lado, também revela um grave problema em termos de desenvolvimento de uma argumentação jurídica racional e objetiva, sobretudo relacionada à interpretação e aplicação de direitos fundamentais, cujos enunciados normativos tenham a natureza de princípio.

Como se pode constatar no acórdão de julgamento do caso Ellwanger, os votos expuseram ricamente argumentos que tranquilamente permitiriam firmar uma conclusão num sentido ou noutro sobre a interpretação do conceito de racismo e se a condenação proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul seria medida legítima de restrição ou ilegítima de violação à liberdade de expressão do paciente no *habeas corpus*.

Afora as questões de natureza eminentemente processual, que não dizem respeito à presente investigação, é certo que, sob a ótica material, a constitucionalidade da medida estatal objeto de análise na referida ação constitucional, passa pela interpretação e aplicação da regra penal constante do art. 20 da Lei nº 7.716/89, bem assim pelo controle da proibição do excesso mediante a regra da proporcionalidade, como medida de se aferir eventual violação à liberdade de expressão, esta uma norma-princípio, que, como tal, apresenta um âmbito de proteção de grande amplitude, que inevitavelmente pode ser afetado por atos do Poder Público no afã de realizar outros direitos ou interesses constitucionais.

Por essa perspectiva, à luz da teoria dos direitos fundamentais enquanto princípios, é inevitável a ocorrência de colisões, assim como necessária a adoção da técnica da ponderação como método de solução do conflito normativo e do método da regra da proporcionalidade como instrumento de controle da atuação estatal sobre os direitos fundamentais.

Diante das correntes teóricas descritas neste trabalho, duas linhas de raciocínio poderiam ter sido seguidas pelos ministros para servir de fundamento dos votos, tanto para deferir a proteção à liberdade de expressão do paciente quanto para indeferi-la, visando assegurar a não discriminação das pessoas e, assim, a concretização do direito à igualdade e à dignidade humana do povo judeu.

Por uma linha de argumentação, a Corte poderia ter reputado inexistente qualquer ingerência estatal, por considerar, sob a perspectiva de uma teoria interna, na qual o direito e os limites imanentes constituem uma só coisa, que a conduta do paciente já estava *a priori* excluída do suporte fático do direito à liberdade de expressão. Por essa corrente teórica, o ato estatal consistente na condenação criminal pelo Tribunal de Justiça não representa nenhuma intervenção na liberdade de expressão e opinião do paciente, já que essa diretriz de pensamento parte do pressuposto de que não há conflito normativo entre princípios, pelo que não seria necessário qualquer sopesamento ou controle da intervenção estatal.

Sob outra perspectiva, a Corte poderia ter entendido existente uma ingerência estatal, por considerar, sob a perspectiva da teoria externa, na qual se distinguem dois objetos, o direito em si mesmo considerado e, em apartado dele, as eventuais restrições incidentes sobre esse mesmo direito, que a conduta do paciente, muito embora incluída no suporte fático da liberdade de expressão, teve de ceder lugar a outros bens e valores constitucionais, sobretudo aqueles relativos à igualdade e à não discriminação, ante a ponderação realizada pelo legislador constituinte originário e conformada pelo legislador ordinário, ao editar a lei penal sobre racismo. Nessa linha teórica, a condenação criminal levada a efeito pelo Tribunal de Justiça seria uma intervenção estatal sobre o direito à livre manifestação do pensamento e à liberdade do paciente com o escopo de concretizar outros bens e interesses fundamentais garantidos pela Constituição. Ou, ainda, sob essa mesma corrente de pensamento, poderiam ter entendido que a ingerência estatal constituiria uma violação à liberdade de expressão; por ter este direito maior peso nas circunstâncias jurídicas no caso concreto, ao prevalecer sobre os fins constitucionais almejados pelo Estado. E enquanto medida de intervenção, sua constitucionalidade seria passível de escrutínio judicial pela Corte mediante a máxima da proporcionalidade.

Do que se pode aferir dos fundamentos expostos em todos os votos, de um modo geral a corrente teórica predominante foi no sentido dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização, fundados em normas princípios com um suporte fático amplo, passíveis de restrição sob a perspectiva de uma teoria externa dos limites, com conteúdo essencial relativo. Daí se concluir, *a priori*, que os fundamentos teóricos expostos no julgado se revelaram consentâneos com a doutrina de Robert Alexy relativamente à teoria dos direitos fundamentais.

Com efeito, a proposição de que os direitos fundamentais com a estrutura de normas-princípio podem colidir e a colisão pode ser solucionada mediante sopesamentos de

bens e interesses foi aceita pelos juízes da Corte. Dentre eles, a maioria de seis discorreu de algum modo sobre o tema. É o que se vê nos votos dos ministros Maurício Correia, Celso de Mello, Carlos Velloso, Gilmar Mendes, Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio, quando em debate o tema da colisão e sopesamentos. Muito embora o ministro Carlos Velloso não faça qualquer referência a métodos de sopesamentos, é patente o entendimento de que os direitos fundamentais têm natureza de princípios e são assim mandamentos de otimização passíveis de colisão e de restrição ao seu conteúdo protegido.

Por outro lado, não foi possível extrair a precisa posição teórica dos demais ministros sobre o assunto. Isso porque nos votos dos ministros Moreira Alves, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence não foi desenvolvida nenhuma análise sobre eventual ingerência da decisão condenatória no âmbito de proteção da liberdade de expressão do paciente, ficando a argumentação restrita à interpretação clássica e à aplicação da norma penal por subsunção. Seja como for, é certo que não refutaram o caráter principiológico dos direitos fundamentais nem a possibilidade de colisões e de restrições no âmbito protegido dessas normas *prima facie*, ou ainda quanto à possibilidade de soluções por meio de sopesamentos e a sindicabilidade da otimização de tais normas mediante a regra da proporcionalidade.

Dentre os juízes da Corte que expressamente perfilharam a tese dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização, apenas os ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio se lançaram à tarefa de sindicat o ato estatal impugnado mediante o exame metódico da proporcionalidade da intervenção estatal no âmbito da liberdade de expressão. Consoante se constata dos fundamentos expostos nos votos, ambos os ministros se dispuseram a seguir os passos da máxima da proporcionalidade, por suas três sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adoção desse exame metódico partiu da compreensão de que a conduta do paciente, ao editar e publicar livros com opiniões, em tese, antissemitas, constituiria o exercício do direito *prima facie* da liberdade de expressão, de tal modo que a medida estatal condenatória proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul resultaria numa intervenção, cuja legitimidade deveria ser aferida pela regra da proporcionalidade, com o escopo de se evitar o excesso.

Para o ministro Gilmar Mendes a medida condenatória consistiu em intervenção legítima à liberdade de expressão do paciente, porquanto restringiu

proporcionalmente o âmbito de proteção desse direito. Assim, concluiu por entender que a medida estatal foi adequada por ser meio apto a fomentar a realização do objetivo constitucional de combater a discriminação racial, a promover a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Reputou, ainda, necessária, por ausente outro meio menos gravoso e igualmente eficaz, dado que foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. E considerou atendido o subteste da proporcionalidade em sentido estrito, por entender que inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta à liberdade de expressão, pelo que esse direito não poderia proteger a intolerância racial e o estímulo à violência.

No cotejo dos testes realizados pelo ministro Gilmar Mendes com o descrito por Robert Alexy, foi possível verificar que os testes da adequação e da necessidade seguiram com precisão os modelos desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência alemãs. De outra parte, quanto ao teste da proporcionalidade em sentido estrito, constatou-se que a análise realizada pelo ministro não seguiu a metódica prevista para essa submáxima, então estruturada em três etapas, que assim se apresentam: a primeira, a aferir o grau de afetação do direito fundamental submetido a intervenção estatal; a segunda, a determinar o grau de importância da razão da intervenção estatal; a terceira, a realizar o comparativo das razões de satisfação dos bens e interesses da medida interventiva com o grau de afetação do direito fundamental atingido pela medida estatal.

Por essa quadra investigativa, resultou comprovado que o escrutínio realizado pelo ministro Gilmar Mendes acerca da proporcionalidade da intervenção estatal ficou restrita ao âmbito das possibilidades fáticas, dado que realizados concretamente apenas os testes da adequação e da necessidade. Quanto ao plano das possibilidades jurídicas, o exame não se deu segundo a metódica pertinente, ou seja, do teste da proporcionalidade em sentido estrito, de tal maneira que, à luz da teoria dos direitos fundamentais como comandos de otimização, a conclusão acerca da proporcionalidade da intervenção estatal resultou sobremaneira prejudicada.

Significa dizer que, apesar da peremptória afirmação de legitimidade da intervenção estatal por não violar a proporcionalidade, a conclusão lançada no voto do ministro Gilmar Mendes não foi efetivamente alcançada sob a lente da regra da proporcionalidade.

De outra parte, para o ministro Marco Aurélio a medida condenatória consistiu em intervenção ilegítima, e, portanto, desproporcional à liberdade de expressão do paciente, porque não foi o meio mais adequado, necessário e razoável.

Entretanto, consoante aferido nesta pesquisa, o teste da adequação não foi corretamente aplicado, por revelar a existência de contradição interna na abordagem do tema, dado que ao invés de sindicar a adequação da medida estatal para o fim de combater a discriminação, a análise enveredou-se a perscrutar se o ato do paciente era ou não apto a fomentar a discriminação, dissociando das balizas do teste em questão.

Semelhante erro ocorreu no exame realizado mediante o teste da necessidade. Conquanto afirme uma coisa, segue conclusão contraditória. Ao concluir não haver outro meio menos gravoso ao direito *prima facie* do paciente, logicamente necessária deveria ser reputada a medida estatal interventiva. Mas, a despeito disso, a conclusão externada no voto do ministro Marco Aurélio foi no sentido de que a medida menos gravosa seria a concessão da ordem no *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal. A questão é que essa medida estatal nada teria a ver com o teste da necessidade, uma vez que a sindicada à luz da proporcionalidade, deveria ser a condenação penal imposta pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Por último, verificou-se também ser falha a argumentação realizada sob o rótulo do teste da proporcionalidade em sentido estrito. Conquanto se tenha indicado a realização desse teste, a análise efetivamente realizada não passou de indagações voltadas à não subsunção da conduta do paciente ao conceito de racismo sem um detalhado exame da intensidade da intervenção estatal na liberdade de expressão e grau de importância da razão da intervenção estatal.

Para além de não seguir os exatos passos da regra da proporcionalidade nos termos pregados por Robert Alexy, a argumentação constante no voto do ministro Marco Aurélio também apresentou contradição ao prosseguir teste após teste, mesmo sendo negativo o antecedente, o que já seria bastante para interromper a análise e concluir quanto à inconstitucionalidade da medida estatal por ser desproporcional.

Por essa linha de intelecção, a conclusão manifestada no voto do ministro Marco Aurélio, no sentido de que a intervenção estatal condenatória foi ilegítima por ser desproporcional em face da liberdade de expressão do paciente, não foi determinada a partir do crivo metódico desenhado na regra da proporcionalidade.

Isso explica, portanto, a perturbadora contradição entre as conclusões lançadas nos votos dos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, quando supostamente teriam aplicado a regra da proporcionalidade para determinar se a decisão condenatória do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul seria ou não proporcional, se incorreria ou não em excesso, ou seja, se seria constitucional.

Por conseguinte, esse cenário de análise vai revelar que o julgamento do caso *Ellwanger* pelo Supremo Tribunal Federal, a despeito de acolher todo o arcabouço teórico da doutrina de Robert Alexy relativa aos direitos fundamentais, não seguiu corretamente as regras da técnica da ponderação e do método de controle da proporcionalidade. É de se dizer, portanto, que a divergência decorreu não do peso dos princípios em jogo ou do relevo das razões expostas, mas da adoção de estruturas de argumentação diversas a conduzir a conclusões distintas.

Nesse compasso, embora concebido como um *leading case*, é certo que a decisão nele externada não decorre do controle da proporcionalidade nem de sopesamentos claros, à luz da teoria dos princípios, circunstância que o torna significativamente problemático para servir de precedente para outros casos semelhantes, ainda mais a considerar a natureza *prima facie* das normas-princípio, que somente se tornam definitivas no caso concreto.

## REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. 23 de maio de 1949. Disponível em: <  
[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz\\_pt.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf)>. Acesso em 1 set. 2015.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradutor Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2007.
- \_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais, ponderação e Racionalidade**. Revista de direito privado. Outubro-Dezembro de 2005. 24 p.334-344.
- \_\_\_\_\_. **Princípios Formais**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. In Princípios Formais e outros aspectos da teoria discursiva do Direito. Coordenadores Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica**. In ALEXY, Robert. Derecho e razón práctica.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. Edição. Tradução: Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- ALMEIDA, Luiz Antonio Freitas de. **Direitos fundamentais sociais e ponderação: ativismo irrefletido e controle jurídico racional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora; 2014.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2006.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6ª edição. 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2009.
- ÁVILA, Humberto Bergmann, **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Ano I, Vol. I, nº 4, julho de 2001, Salvador.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 7ª edição, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.
- \_\_\_\_\_. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.



- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva. 2009.
- \_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, São Paulo: Saraiva, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. traducción de Carlos Bernal Pulido, Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.
- \_\_\_\_\_. **La restricción de los derechos fundamentales**. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm. 59. Mayo-Agosto 2000.
- BRASIL, 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal, autos nº 695.130.484, Apelantes Mauro Juarez Nadvorny e Federação Israelita do Rio Grande do Sul. Apelado Siegfried Ellwanger, Relator desembargador Moacir Danilo Rodrigues, julgamento em 31.10.1996.
- BRASIL, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus, autos nº 15.155-RS, Impetrante Werner Cantalício João Becker e outro. Impetrado Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Paciente Siegfried Ellwanger. Relator Ministro Gilson Dipp, julgamento em 18.12.2001.
- BRASIL, 8ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre - Rio Grande do Sul. Ação Penal Pública, autos nº 01.391.013.255, Justiça Pública e Siegfried Ellwanger, 14 de novembro de 1991.
- BRASIL. Código Penal brasileiro. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. "Homicídio Simples Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos." Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>, acesso em 1.9.2015.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 1 set. 2015.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus, autos nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul, Impetrante Werner Cantalício João Becker e Rejana Maria Davi Becker. Impetrado Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Paciente Siegfried Ellwanger. Relator Ministro Moreira Alves, julgamento finalizado em 17.9.2003. Acórdão integral disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Princípios, regras e conflitos normativos**: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. Direito, Estado e Sociedade nº 37. Jul/dez 2010.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do Direito e decisão racional**: Temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BVerfGE 95, 173, in Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: Extratos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Traducción Marcela Anzola Gil, Emilio Maus Ratz. México: Konrad Adenauer Stiftung - Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Editora Almedina, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina. 2003.
- \_\_\_\_\_. **Dogmática de direitos fundamentais e direito privado**. In. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. 2ª edição, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006. pp. 341-359.
- CARBONELL, Miguel. **Nuevas formas de proteger los derechos fundamentales**. El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales. México: Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes. 2008.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais**. In. Jurisdição Constitucional e os direitos fundamentais. Coordenação José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.
- COUTINHO, Luis Pereira. **Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais**. Estudos em homenagem ao prof doutor Sévulo Correia. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora. p.557-574.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Mandamentos Editora, 2002.
- \_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 1ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

- FLEINER, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo**. Trad. esp. a. S. Alvarez Gendín. Barcelona: Editorial Labor, 1933.
- GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Traducción de Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Princípio da proporcionalidade e devido processo legal**. in Interpretação Constitucional, org. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 1ª edição. 2ª tiragem.
- HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn**: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley. Traductor: Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. **Los derechos humanos como derechos inalienables**. in Ballesteros, Derechos Humanos, Madrid: Tecnos, 1992
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 26ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional, 4ª edição, ver e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Controle de constitucionalidade**: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. in RT/Fasc. Civ. Ano 88, v.766, ago.1999.
- \_\_\_\_\_. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: novas leituras, Salvador: Revista Diálogo Jurídico, Ano I, Vol I, nº 5, Agosto de 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direito fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica. 2000.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Direitos fundamentais. Tomo IV. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

- MIRANDA, Jorge. **Os direitos fundamentais e o terrorismo**: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para outro. In Revista do Tribunal Regional Federal 3ª Região, Vol. 75, jan e fev/2006. Thomson-IOB pp 89-104.
- MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I, Parte Geral, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1959.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**, 3ª edição, revista e ampliada. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**. Os deveres e os custos dos direitos. Revista Direito Mackenzie, ano 3, número 2, p. 9-30. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie.
- NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**: Volume I -Dignidade e Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina. 2015.
- \_\_\_\_\_. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora. 2006.
- \_\_\_\_\_. **Direitos Sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**, 6ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Método, 2012.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na teoria dos princípios, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PERELMAN, Chaïm, e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: A nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9ª edición. Madrid: Tecnos. 2005.
- \_\_\_\_\_. **Los derechos fundamentales**. 8ª edición. Madrid: Tecnos. 2004.
- PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. 2 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.igfse.pt/upload/docs/2013/constpt2005.pdf>>. Acesso em 1 set. 2015.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales**: El princípio de proporcionalidade como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador. 4ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

RAZ, Joseph. **Practical Reasons and Norms**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SANCHÍS, Luis Prieto. **La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades**. Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid: Debate, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses da Constituição Federal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2003.

\_\_\_\_\_. **Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade**. In Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Coordenadores Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2008, pp. 97-143.

\_\_\_\_\_. **Os princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens**. in Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, história e método de trabalho**. 1ª edição. Belo Horizonte: Fórum. 2012, edição digital.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

\_\_\_\_\_. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, 798, 2002.

SOUSA, Felipe Oliveira de. **O raciocínio jurídico entre princípios e regras**. in Revista de Informação Legislativa. ano 48, número 192, outubro/dezembro, 2011. p. 95-109

STF. **Crime de Racismo e Anti-semitismo**: um julgamento histórico do STF (Habeas Corpus nº 82.424/RS). Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2004.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3ª edição. Coimbra: Edições Almedina SA, 2006.